

IMPLICACIONES Y RETOS DE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA

EDISON ALEJANDRO GUZMÀN SALAZAR

Facultad de Derecho, Universidad CES.

El presente artículo es resultado de un proceso investigativo adelantado para efectos de dar una mirada académica a los retos e implicaciones que pueden traer consigo procesos de insolvencia transfronteriza, además de ello elaborada también para optar por el título de como abogado de la Universidad CES.

A todas aquellas personas que han estado en mi vida, en mi formación y a mi lado, y a quienes espero nunca olvidar y que tal vez ellos nunca me olviden.

Border Insolvency

El presente artículo pretende abordar, los problemas e implicaciones generales de la insolvencia transfronteriza, en un escenario internacional donde la globalización marca pautas al mundo jurídico, el cual se ve en la necesidad de asumir una serie de retos que deberán concebirse en una realidad de crisis económica como la actual, lo que da más relevancia a la insolvencia transfronteriza contenida en la ley 1116 de 2.006.

Ahora bien, el presente análisis se desarrollara en tres etapas, abordando la primera el origen de la ley modelo de insolvencia transfronteriza de la CNUDMI, su objeto, y las implicaciones de esta como ley modelo, para pasar en segundo lugar a estudiar algunos aspectos de la ley 1116 de 2.006 en Colombia frente a su efectiva aplicación, tomando para ello su estructura, su finalidad, algunas de sus falencias, el problema de la cooperación, el entendido de proceso extranjero y las reservas al momento de la adopción de la ley modelo, para entrar por ultimo en algunas consideraciones prácticas.

KEYWORDS: cross-border insolvency, UNCITRAL, Act 1116 of 2006

INTRODUCCIÓN

La insolvencia transfronteriza contenida en la legislación Colombiana (en la Ley 1116 de 2.006) ha exhibido un contexto económico – Jurídico, donde las actividades Comerciales se realizan en espacios globalizados en el cual grandes grupos económicos llevan a cabo procesos comerciales de manera continua, lo que ha generado que los asuntos concursales deban ser mirados con mayor detenimiento y análisis, pues los mismos involucran una cadena económica donde las afectaciones del mercado producen repercusiones en diferentes países bajo la denominación de crisis económicas, muchas de las cuales han figurado bajo nombres como; efecto tequila en México, efecto Dragón en Asia, efecto vodka en Rusia, efecto samba en Brasil, efecto tango en Argentina, y la actual crisis económica mundial, resultado de las hipotecas subprime.¹

Estas situaciones de crisis han exigido regulaciones especiales para proteger los mercados, con miras a evitar el crecimiento de dichas consecuencias, ya que su avance produce un efecto dominó en la economía mundial, siendo por esto importante entender que el estudio de la economía debe ser abordado desde un método de estudio sistemático donde todos los fenómenos están interrelacionados y deben apreciarse en su totalidad, tanto si se desea comprender como un todo o alguna de las partes, resultando aún más importante esta apreciación en el mundo jurídico internacional, máxime cuando los grandes grupos económicos pueden estar actuando en diversos países.

¹ González, Alizda Sotelo. «CRISIS ECONOMICAS MUNDIALES: EL EFECTO DOMINO.» <http://antiguo.itson.mx/publicaciones/contaduria/21.-%20Crisis%20economicas%20mundiales,%20el%20efecto%20domino.pdf> (último acceso: 2011).

Primera Parte

La Insolvencia transfronteriza orígenes en Colombia

La ley 1116 de 2.006 estableció el marco normativo del Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia, con el objeto de proteger el crédito, la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial.

Sentado esto, la ley 1116 de 2.006 trae en su Título III aquellos aspectos atinentes a la insolvencia transfronteriza, pero ¿Qué se entiende por insolvencia transfronteriza?, o de ¿Dónde surge esta figura jurídica en el ordenamiento Colombiano?

Para resolver las anteriores interrogantes se tendrá que decir que 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 dicho deudor no son ciudadanos del Estado en el que se inició el procedimiento de insolvencia (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho

*Mercantil Internacional, sin fecha, Presentación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza con la guía para su incorporación al Derecho interno)*²,

Planteando la anterior definición un contexto económico - jurídico internacional en el que actúan una serie de sujetos (En principio acreedores y deudores) , que tienen en pugna un conjunto de intereses económicos que buscan garantizar y proteger en diferentes estados, frente a procesos de insolvencia transfronteriza en los que se enfrentan legislaciones internas poco eficientes, tal como lo plantea la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI) al considerar que:

“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. Ello da lugar a menudo 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 esos bienes. Además, la falta de previsibilidad, sobre cómo se administrará una eventual insolvencia

² Durán, Rafael E. Wilches. «La insolvencia Transfronteriza en el Derecho Colombiano.» *Revista de derecho, universidad del norte* , 2009, 2009: 162-198.

*transfronteriza, obstaculiza el flujo de capitales y desincentiva la inversión transfronteriza”.*³

De esta manera con la intención de dar respuesta a esta realidad, el 30 de mayo de 1997 la CNUDMI aprueba la Ley modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza, que tiene como objeto *“Ayudar a los Estados a dotarse de un régimen de insolvencia moderno, armonizado y equitativo que permita resolver con mayor eficacia los casos de insolvencia transfronteriza”.*⁴

Sin embargo la ley aprobada por la CNUDMI es una ley modelo y por tanto solo un texto legislativo no vinculante que se recomienda a los Estados para su incorporación al derecho interno, reservándose el Estado suscriptor las facultades para modificar o suprimir disposiciones, lo cual representa un problema de efectividad en los procesos de insolvencia transfronteriza, siempre que los estados determinarán el derrotero de aplicación de la ley modelo de conformidad con sus sistemas legales, políticos, económicos y hasta culturales, a lo que habrá que sumar que esta se hace menos efectiva si consideramos que sólo algunos países la han aprobado, dentro de los que encontramos a; Australia (2008), Canadá (2009), Colombia (2006), Eritrea (1998), Eslovenia (2007), Estados Unidos de América (2005), Grecia (2010), Japón (2000), Mauricio (2009), México (2000), Montenegro (2002), Nueva

³ En *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*, de CNUDMI, 366. 2006.

⁴ En *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza con la Guía para su incorporación al derecho interno*, de CNUDMI.

Zelandia (2006), Polonia (2003), Sudáfrica (2000), Serbia (2004), República de Corea (2006), Rumania (2003), Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2006), Islas Vírgenes Británicas, territorio de ultramar del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2003).

Justamente son las anteriores situaciones las que ubican al derecho concursal en un escenario de incertidumbre a la hora de buscar ya sea una reorganización o un liquidación a nivel internacional, pues la incertidumbre normativa o la forma de cooperación entre tribunales de diferentes países son una limitante al momento de pretenderse desarrollar un proceso concursal internacional.

La ley 1116 de 2.006 y la insolvencia transfronteriza en Colombia

Como ya se ha mencionado, la insolvencia transfronteriza en Colombia fue regulada por la ley 1116 de 2.006 en su Título III, razón por la cual el presente aparte se iniciará con el estudio estructural del Título III, para abordar luego algunos aspectos que afectan su efectividad.

De este modo para seguir el orden ya mencionado diremos en primer lugar que el Título III está compuesto por 31 artículos (Art. 85 al 116) que integran cinco capítulos que tienen fundamento en la ley modelo de la CNUDMI y que comprenderán, disposiciones

generales, acceso de los representantes y acreedores extranjeros ante las autoridades colombianas competentes, reconocimiento de un proceso extranjero y medidas otorgables, cooperación de tribunales y representantes extranjeros, y por último, procesos paralelos.

Precisamente dentro de estos 5 capítulos se encuentra el Capítulo I que contiene las disposiciones generales, y que en el artículo 85 determina 4 finalidades para el régimen de insolvencia transfronteriza que son:

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 el interés 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.

Así la primera falencia en la aplicación de la ley está determinada por el numeral primero del artículo 85, que parte de la cooperación como forma de hacer efectivos los procesos de insolvencia transfronteriza, lo que implica que deba por lo menos existir un Estado dispuesto a cooperar, y que dicho Estado tenga una regulación interna que permita tanto la cooperación como los procesos de insolvencia transfronteriza, ahondándose más el problema si consideramos que solo algunos países han adoptado la ley modelo, siendo por ello la cooperación uno de los factores más endebles, tal como lo establece la CNUDMI en su Guía Práctica al manifestar que:

*“La falta de un marco legislativo y la incertidumbre sobre las facultades del tribunal para cooperar con tribunales extranjeros limitan a menudo en gran medida la cooperación y coordinación entre tribunales de diversas jurisdicciones en casos de insolvencia transfronteriza”.*⁵

Ahora bien, de conformidad con el artículo 86 dichos casos se pueden dar bajo cuatro situaciones, como lo serán: (i) que un tribunal extranjero o un representante extranjero solicite asistencia en la República de Colombia en relación con un proceso extranjero, (ii) que se solicite la asistencia en un Estado extranjero en relación con un proceso tramitado con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia, (iii) que estén tramitándose simultáneamente y respecto de un mismo deudor un proceso extranjero

⁵ En *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza con la Guía para su incorporación al derecho interno*, de CNUDMI.

y un proceso en la República de Colombia, y (iv), que 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. Sin embargo dentro de los supuestos no se contempló que una sociedad o ciudadano Colombiano solicitara la apertura de un proceso con arreglo de las normas de insolvencia extranjeras, como sucedió en el caso de Aerovías del Continente Americano (AVIANCA) al que se aludirá más adelante.

Sin embargo, ¿Qué se entiende por proceso extranjero?, según el artículo 87 de la ya citada ley, se entenderá por proceso extranjero

“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”⁶

Estableciendo la anterior disposición otra limitante a la aplicación de la ley siempre que determina que el proceso extranjero deberá estar respaldado con arreglo de una ley de

⁶<http://www.secretariasenado.gov.co>.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2006/ley_1116_2006.html (último acceso: 2011).

insolvencia, lo cual si se analizará hasta este punto llevaría a preguntar, si es cualquier ley de insolvencia de otro país, o si es una ley de insolvencia transfronteriza, siendo la segunda afirmación la correcta, siempre que el mismo artículo 87 a reglón seguido dispone que “*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*”⁷ lo cual pone presente que no basta con la existencia de una ley de insolvencia sino que dicha ley de insolvencia debe ser de carácter transfronterizo, o contener al menos disposiciones que regulen dicho proceso, para que pueda permitirse la intervención de un tribunal extranjero, siempre que de no ser así se tendría que buscar otras disposiciones aplicables.

Además a las anteriores falencias, se tendrá que sumar que el estado Colombiano de conformidad con el artículo 91, puede negarse a adoptar medidas en los procesos de insolvencia transfronteriza por resultar contrarias al orden público, pero *contrario sensu*, los demás estados pueden adoptar disposiciones similares, lo cual puede ser desfavorable a la hora de tratar de salvaguardar los intereses implicados en los procesos de insolvencia, si consideramos además que las directrices normativas de cada país dependerán de características políticas, sociales, y económicas que establecen límites al actuar entre Estados.

⁷ www.secretariassenado.gov.co.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2006/ley_1116_2006_pr001.html#87
(último acceso: 2011).

Es por esto que la insolvencia transfronterizas es limitada, al momento de tratar de satisfacer los intereses de las partes que actúan, siempre que dependerán de la existencia de una norma, de la voluntad de cooperación, en relación con las reservas internas de cada país, sin embargo pese a las anteriores falencias la ley modelo adoptada por Colombia, marca un referente de cooperación y coordinación internacional entre tribunales, para satisfacer los intereses económicos de los acreedores, pero ~~aún~~ así esta ley se quedó corta en muchos aspectos, de carácter práctico al momento de perseguir un acreedor la satisfacción de sus intereses, frente a grandes capitales económicos que tengan presencia en diferentes países sin regulación de insolvencia transfronteriza.

Contexto Práctico

Por último en este aparte se planteará un supuesto, sobre el cual se analizaran algunas alternativas prácticas, buscando con ello evidenciar la magnitud del problema, y algunas posibles soluciones con las respectivas críticas.

Ejemplo: En el constante ejercicio de la actividad comercial en Julio de 1985 se fusionaron las empresas, Houston Naturalis Gases, e Interna Norte las cuales conformaron ENROSCA, empresa dedicada al comercio de combustible, la cual luego de algunos años se posicionó como la séptima empresa más grande del mundo, llegando en 1.996 a tener empresas subordinadas en países tales como Inglaterra, China, Guatemala, Turquía, Paquistán, Italia, Indonesia, República Dominicana, Filipinas, Colombia, Argentina, Bolivia, Brasil, Rusia, Polonia, Yemen, Omán, Israel, Vietnam, Tailandia, Puerto Rico,

Venezuela, Jordania, India, y México entre otros, y sumando así más de 21.000 empleados en más de 40 países, y facturaba billones de dólares en el años 2.000. Pese a lo anterior, entre los años 2000 y 2010- dicho conglomerado entra en crisis económica por el mal manejo financiero, lo que da como resultado la quiebra de ENROSCA.

De esta manera en el anterior caso se presenta una sociedad matriz (ENROSCA) entendiendo por matriz aquella empresa que tiene el poder de decisión sobre otras subordinadas, (regulado en el caso Colombiano a partir del artículo 260 del Código de Comercio), así de cara a un proceso de insolvencia transfronteriza se podrán consolidar dos grupos de acreedores entre los cuales se tendrán los directos de la empresa matriz y aquellos acreedores indirectos que busque a la matriz para garantizar las acreencias de las filiales o subordinadas.

Ahora bien, en relación a las empresas subordinadas o filiales los acreedores que se encuentran en el mismo país pueden fácilmente iniciar un proceso de insolvencia de conformidad con las leyes internas en el cual los acreedores queden satisfechos, sin embargo el problema surge cuando esto no ocurre porque los activos de la subordinada han desaparecido o porque no alcanzaron para el pago total de las acreencias, caso en el que será posible vincular a la empresa matriz para que asuma el resto de las garantías, ello en el caso Colombiano en virtud del artículo 12 y 61 de la Ley 1116 de 2.006 que dispondrán las posibilidades de vinculación de las empresas matrices en relación con los procesos de insolvencia de las subordinadas, especialmente el artículo 61 que determinará la

responsabilidad subsidiaria de las matrices cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, se produzca por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante, razón por la cual la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones, lo cual garantiza las acreencias en el caso de estar la matriz y subordinadas en Colombia (Caso Industrial Hullera S.A. Vs. COLTEJER S.A, CEMENTOS EL CAIRO S.A y FABRICATO S.A. y su filial TEXTILES PANAMERICANOS S.A.)⁸ sin embargo el problema surgirá cuando dicho deudor (empresa matriz) no está en el país donde se encuentran las sociedades subordinadas, lo que nos lleva a plantear la aplicación de dicha disposición (Art. 12 y 61 de la ley 1116 de 2006) en el ámbito internacional, donde la aplicación de la insolvencia transfronteriza (Título III) posiblemente se verá limitada por la dependencia de la voluntad de cooperación y leyes internas de cada país, pese a que los intereses de los acreedores se dirijan contra la empresa matriz, para el pago de las obligaciones que asumieron las sociedades subordinadas.

Justamente para solucionar este supuesto se tendrá que determinar los parámetros de cooperación de los diferentes países, siempre que ellos pueden adoptar dos posiciones antagónicas, una de unidad universalista y otra pluralista territorialista, estableciendo la primera una visión en la cual solo se concibe un único proceso concursal sin que importe el lugar o jurisdicción donde se encuentren los bienes del deudor o el de sus acreedores, y por tanto luego de ser asumida la competencia frente a un proceso de insolvencia todos los

⁸ SUPERINTENDENCIAS, EXPEDICION CONJUNTA. «Super iintendencia de Sociedades y de Valores.» <http://www.google.com.co/#sclient=psy-ab&hl=es&site=&source=hp&q=Un+primer+cargo+de+la+demanda+lo+hace+consistir+la+parte+actora+en+la+falta+de+competencia+de+las+Superintendencias+de+Sociedades+y+de+Valores+para+expedir+conjuntamente+los+actos+acusados%2> (último acceso: 2011).

acreedores deben soportar el mismo trato, de quien asuma la jurisdicción, siendo esto lo que aconteció en el caso de Aerovías Nacionales de Colombia, S.A., (AVIANCA) quienes solicitaron la apertura de un proceso de insolvencia bajo la legislación Estadounidense, a pesar que su personería jurídica estuviera inscrita y constituida en Colombia, frente a lo cual el tribunal extranjero aplicó los parámetros de universalidad a las normas del CDQ que en su artículo 109 establecía que *“una persona [natural o jurídica] que reside o tiene domicilio, una sede de negocios, o propiedad en los Estados Unidos puede ser un deudor bajo esta [ley].”*⁹ Fundamento bajo el cual el tribunal estadounidense adoptó la competencia del proceso de insolvencia de Avianca, pues para ello solo basta con que una persona tenga bienes en Estados Unidos y se constituya como deudor.

De esta manera el tribunal estadounidense luego de establecer su competencia determinó que ésta abarcaba toda la propiedad del quebrado, sin límites jurisdiccionales, aún por encima de los intereses de los acreedores y sobre bienes en cualquier parte del aplicándose así para todos efectos la ley estadounidense del tribunal único, sin preocuparse por la ley aplicable, al no percibir el conflicto relevante entre leyes de otros países, lo cual permite vislumbrar una postura universalista donde se concibe un solo proceso a nivel mundial donde actúan los acreedores sin importar el origen o la cuantía de sus créditos, reflejándose así una cooperación judicial en las relaciones comerciales internacionales, y brindándose mayores garantías para el derecho concursal.

⁹ Furnish, Emérito Dale Beck. «LA INSOLVENCIA INTERNACIONAL (Fuentes y Doctrinas).» noviembre de 2004.

Contrario sensu la postura territorialista da prioridad al lugar de los bienes y por tanto reconoce el conflicto de leyes producido por su ubicación en los distintos países, lo cual permite vislumbrar que la característica principal de esta tendencia estará determinada por la existencia de múltiples procesos concursales, frente a un mismo deudor lo cual no cambia nada el estado actual de los procesos de insolvencia transfronteriza tal como lo considera el Doctor David Ricardo Sotomonte Mujica respecto de la Territorialidad al establecer que:

“La anterior descripción del principio nos lleva a afirmar que ese es el estado actual de las cosas y que esta tendencia no cambia nada el desorden y la desfiguración que produce en los principios concursales la carencia de una norma transfronteriza armonizada; adicionalmente tampoco intenta solucionar los múltiples problemas que presenta un caso de insolvencia transfronteriza”¹⁰.

Sin embargo ambas hipótesis tanto la universalista como la territorialista presentan falencias de cara a los procesos de insolvencia transfronteriza, la primera por las imposibilidades fácticas de llegar a una unidad y un universalismo, lo cual hace de esta postura un ideal pero poco aplicable por las falencia de cooperación entre estados, y la

¹⁰ En *Insolvencia Transfronteriza: evolución y estado de la materia*, de David Ricardo Sotomonte Mujica. 2009.

segunda postura no da una solución al desorden jurídico actual de la insolvencia transfronteriza, manteniéndose así la inseguridad jurídica.

Hasta este punto la aplicación de las concepciones de universalidad y territorialidad no dan una efectiva solución a los problemas de la insolvencia transfronteriza, razón por la cual se ha llegado a posturas eclécticas las cuales se caracterizan según David Ricardo Sotomonte Mujica porque:

“El procedimiento principal se adelantará en el estado en que la deudora tenga el asiento principal de sus negocios o su centro principal de intereses, tal y como lo regula la unidad-universalidad, mientras que los procedimientos concurrentes o secundarios se adelantarán en aquellos otro Estados en los que el deudor tenga bienes o negocios, tal y como se regula en la pluralidad-territorialidad”¹¹.

Así manera esta última postura de carácter ecléctico es tal vez la más adecuada y práctica al momento de hablarse de insolvencia transfronteriza, siempre que se adaptara a la realidad, razón por la cual esta resulta ser un mecanismo idóneo pero imperfecto, pues como ya se ha mencionado con anterioridad la universalidad y la unidad serían el ideal normativo para estos temas, aun así imposible por el momento, es por ello que debemos seguir observando otra serie de posibilidades.

¹¹ En *Insolvencia Transfronteriza: evolución y estado de la materia*, de David Ricardo Sotomonte Mujica. 2009.

Dentro de esas posibilidades encontraremos el exequátur como una alternativa de cara a los procesos de insolvencia transfronteriza el cual se encontraba regulado en Colombia a partir del artículo 693 del código de procedimiento civil el cual fue modificado por el artículo 605 y siguientes del código general del proceso ley 1564 de 2012 que dispone que:

“Las sentencias y otras providencias que revistan tal carácter, pronunciadas por autoridades extranjeras, en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, tendrán en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país, y en su defecto la que allí se reconozca a las proferidas en Colombia”¹²

Pero siempre que estas cumplan con unos requisitos mínimos que estarán establecidos en el artículo 606 del ya citado código general del proceso, y dentro de los cuales se tendrá que; no verse sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió, que no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento, que se encuentre ejecutoriada de conformidad con la ley del país de origen, que el asunto sobre el cual recae no sea de competencia

¹² *Secretaria del Senado Republica de Colombia.*
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_procedimiento_civil_pr023.htm
l#693 (último acceso: 2011).

exclusiva de los jueces colombianos, que en Colombia no exista proceso en curso ni sentencia ejecutoriada de jueces nacionales sobre el mismo asunto, entre otras.

Sin embargo el exequátur genera problemas en relación a su aplicación siempre que mantiene las restricciones de aplicación en cada país, tal como lo plantea la CNUDMI en el texto guía de adopción al establecer que:

*“La mera dependencia del principio de la cortesía internacional o del exequátur no proporciona el grado de fiabilidad o predecibilidad que cabe esperar de una ley especial, como la Ley Modelo, en materia de cooperación judicial, reconocimiento de procedimientos de insolvencia extranjeros y acceso a los tribunales para los representantes extranjeros”.*¹³

Presentando de esta manera también el exequátur falencias a la hora de su aplicación siempre que seguirá manteniendo una regulación estatal en la que el Estado se reserva ciertas facultades a la hora de aplicarlo, lo cual puede ir en contravía de los intereses de las partes involucradas en los procesos de insolvencia transfronteriza.

¹³ En *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza con la Guía para su incorporación al derecho interno*, de CNUDMI.

Por último, una de las posibles alternativas para evitar los problemas presentados en las normas de insolvencia transfronteriza, consistiría en celebrar al momento de presentarse el conflicto, un pacto compromisorio, con el propósito de llevar a la decisión arbitral el concurso, respaldándose esto en normas internacionales que avalen los pactos compromisorios para el adelantamiento de concursos aún sin el voto de la totalidad de los acreedores, para evitar así la posibilidad del veto de los acreedores minoritarios para la promoción de estos procesos en la jurisdicción pertinente.

Sin embargo para determinar la naturaleza internacional del arbitramento se tendrá que tener en cuenta elementos tales como; que el contrato mercantil sea de carácter internacional, que la solución de la controversia esté gobernada por dos o más sistemas jurídicos de estados soberanos e independientes, sin que exista una regla que señale la preferencia de un sistema del otro para resolver la controversia, que las partes contratantes acojan las reglas jurídicas sustanciales y establezcan los procedimientos que se deben aplicar al caso controvertido, en el arbitraje mercantil internacional, se renuncia al principio de territorialidad de la ley, que la sede del Tribunal se encuentre fuera del Estado en el que las partes tienen su domicilio, siendo estas algunos requisitos básicos para determinar la naturaleza del arbitramento internacional y hacer efectivo su aplicación.

Ahora bien al tratarse la insolvencia transfronteriza en un espacio arbitral internacional se deberá determinar el marco normativo para llevar a cabo el arbitramento, para lo cual se tomará el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI que establece que:

*”Cuando las partes hayan acordado que los litigios entre ellas que dimanen de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, se sometan a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tales litigios se resolverán de conformidad con el presente Reglamento, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar”.*¹⁴

Siendo este primer artículo fundamental siempre que permite que los conflictos internacionales, se resuelvan en una instancia arbitral, más aun teniendo las partes las posibilidades de modificar las disposiciones normativas aplicables en dicho proceso, lo que permite mayor flexibilidad en la insolvencia transfronteriza ya que serán las partes implicadas las que entraran a determinar los términos e intereses que pretenden, evitándose así que la insolvencia transfronteriza quede a la deriva en criterios universalistas, territorialistas o de reservas hechas por los estados en cuanto a la aplicación de la normatividad, sin embargo en el caso de los tribunales de arbitramento se tendrá que considerar la dificultad de llevar procesos ejecutivos por arbitraje, discusión que actualmente está en boga, pero que ya había sido abordada por la sentencia C-347 de 1997 con magistrado ponente Dr. Jorge Arango Mejía la cual había dado pautas al establecer que:

¹⁴ «<http://www.uncitral.org/uncitral/es/index.html>.» *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (Revisado en 2010)*. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf> (último acceso: 2011).

“A todo lo dicho, cabría añadir únicamente esto: los únicos juicios ejecutivos que escaparían al ámbito propio de los árbitros serían los que se adelantan por la jurisdicción coactiva, para cobrar deudas en favor del fisco, a una especie de los cuales se refiere el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución.” (Corte Constitucional. Sentencia C-294 de 1995. Magistrado Ponente, doctor Jorge Arango Mejía)”¹⁵

Lo cual permite vislumbrar que sería posible llevar a cabo procesos ejecutivos mediante tribunales de arbitramento siempre que como se dispone en la misma sentencia

“En conclusión: los árbitros, habilitados por las partes, en los términos que determine la ley, pueden administrar justicia para decidir conflictos surgidos en torno a obligaciones exigibles ejecutivamente, así esté en trámite el proceso ejecutivo, o no haya comenzado aún”¹⁶ fundamentándose ello en el hecho que los procesos ejecutivos puede ser objeto de renuncia de conformidad con los interés del renunciante a lo que se suma que dicha renuncia no esté prohibida.

Así el procedimiento arbitral presentará una mayor facilidad en el manejo de la insolvencia transfronteriza, ya que aparte de dar libertad de disposición a las partes

¹⁵ Arboleda, Universidad Sergio. «Sentencia C-347 de 1997.» http://www.usergioarboleda.edu.co/http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_comercial/material/teoria_general_sociedades_comerciales/corte_constitucional/Sentencia%20C347-97.pdf (último acceso: 2011).

¹⁶ Arboleda, Universidad Sergio. «Sentencia C-347 de 1997.» http://www.usergioarboleda.edu.co/http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_comercial/material/teoria_general_sociedades_comerciales/corte_constitucional/Sentencia%20C347-97.pdf (último acceso: 2011).

establecerá también en su artículo 17 que el árbitro será quien dirija el proceso pero manteniendo unos parámetros de igualdad que permita a cada parte en el proceso hacer valer sus derechos, tratando de evitar demoras, gasto innecesarios y pretendiendo llegar a soluciones justas entre las partes, mostrándose así una serie de garantías más prácticas en el caso de las insolvencias transfronterizas, por la libertad y poca sujeción que tienen las partes a normas o a las legislaciones estatales, ahora bien en el caso Colombiano el arbitramento internacional fue adoptado por la ley 315 de 1996, la cual se compone por 5 artículos los cuales estarán dirigidos a establecer, aspectos generales de aplicación del arbitramento internacional como lo será la determinación del domicilio que regirá las discusiones arbitrales, y aun siendo más importante de cara el caso Colombiano el artículo segundo que dispondrá en relación a la normatividad aplicable que esta estará determinada por las normas de la presente ley y:

“las disposiciones de los Tratados, Convenciones, Protocolo y demás actos de Derecho Internacional suscritos y ratificados por Colombia, los cuales priman sobre las reglas que sobre el particular se establecen en el Código de Procedimiento Civil. En todo caso, las partes son libres de determinar la norma sustancial aplicable conforme a la cual los árbitros habrán de resolver el litigio. También podrán directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje, determinar todo lo concerniente al procedimiento arbitral incluyendo la convocatoria, la constitución, la tramitación, el idioma, la

*designación y nacionalidad de los árbitros, así como la sede del Tribunal, la cual podrá estar en Colombia o en un país extranjero”.*¹⁷

Determinándose así una mayor libertad de disposición en un proceso de insolvencia transfronteriza que se lleve a cabo en los tribunales arbitrales, siempre que las partes determinan los parámetros normativos aplicables, como tratados, convenciones, protocolos entre otros, siendo fundamental esto en un sentido práctico siempre que se podrán adoptar tratados internacionales los cuales al contener el principio *pacta sunt servanda*, generaría parámetros mas vinculantes en la aplicación del arbitramento y las obligaciones entre partes.

Además de esto los intereses de los acreedores estarán garantizados siempre que dentro del proceso arbitral es posible solicitar las medidas cautelares que las partes consideren pertinentes, para garantizar sus intereses, estando la regulación de las medidas cautelares a partir del artículo 26 del reglamento de arbitraje de la CNUDMI, que dispondrá que el tribunal podrá a instancias de las partes otorgar medidas cautelares, donde se entenderá por medidas cautelares aquellas medidas de carácter temporal dirigidas por ejemplo a mantener o restablecer el statu quo en espera de que se dirima la controversia, para impedir algún daño actual o inminente, o el menoscabo del procedimiento arbitral, siendo estas solo algunas de las posibles medidas cautelares que se podrían solicitar en el

¹⁷ *Secretaría de Senado Republica de Colombia.*

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1996/ley_0315_1996.html (último acceso: 2011).

proceso arbitral internacional, siendo en la regulación nacional establecidas dichas medidas en el artículo 32 de la ley 1563 de 2012 que dispuso:

“A petición de cualquiera de las partes, el tribunal podrá ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, cuyos decretos, práctica y levantamiento se someterán a las normas del Código de Procedimiento Civil, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales pertinentes. El tribunal podrá comisionar al juez civil municipal o del circuito del lugar en donde deba practicarse la medida cautelar. Cuando se trate de procesos arbitrales en que sea parte una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, además de la posibilidad de comisionar a los referidos jueces civiles, el tribunal de arbitraje podrá comisionar al juez administrativo, si lo considera conveniente.

Adicionalmente, el tribunal podrá decretar cualquier otra medida cautelar que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.”

Así las cosas el tribunal de arbitramento podrá incluso llegar hasta pretender la congelación de activos de una sociedad, tal como sucedió en el caso de Exxon Mobil contra PDVSA Cerro Negro, S.A.¹⁸ donde la primera presentó solicitud ante el tribunal de

¹⁸ Walker, El Juez.

«<http://www.panorama.com.ve/micros/nuevodiseno/sentenciasobremobil.pdf>.»

<http://www.panorama.com.ve/micros/nuevodiseno/sentenciasobremobil.pdf>.

arbitramento para la congelación de los activos de PDVSA, la cual fracasó siempre que no cumplía con los requisitos necesarios para su aplicación, pero aun así siendo está considerada esta como medida.

Ahora bien, como se ha visto el arbitramento internacional sería una posible solución a los casos de insolvencia transfronteriza ya que permite una mayor participación de las partes y una integración normativa más efectiva, siempre que serán las disposiciones entre partes las que guiarán el proceso de insolvencia transfronteriza que será decidida al final por árbitros internacionales, mediante un laudo arbitral que será obligatorio para las partes en virtud del artículo 34 del reglamento de arbitraje de la CNUDMI y que dispondrá que *“Todos los laudos se dictarán por escrito y serán definitivos y obligatorios para las partes. Las partes se comprometen a cumplir el laudo sin demora”*¹⁹ Lo cual genera una decisión vinculante entre partes, evitándose así las discusiones entre los conflictos de normas de los diferentes estados o entre los entendidos de cooperación en el que son determinantes las de disposiciones, políticas, económicas y hasta religiosas.

Sin embargo en el caso Colombiano estas posibilidades a nivel internacional estaban limitadas siempre que la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia C-347 de 1997, estableció que:

¹⁹ <http://www.uncitral.org/uncitral/es/index.html>.» *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (Revisado en 2010)*. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf> (último acceso: 2011).

“El laudo que profiera el Tribunal Internacional debe someterse al procedimiento del EXEQUATUR, procedimiento que garantiza el respeto al ordenamiento jurídico nacional. Porque si bien pueden los árbitros aplicar una legislación extranjera, no podrán quebrantar normas de orden público vigentes en Colombia”²⁰

Lo cual nos dejaba de nuevo frente a las problemáticas del Exequátur y las limitaciones a los intereses de los acreedores, quedando en el caso Colombiano circunscritas las garantías de los acreedores que pretendieran abrir procesos de insolvencia transfronteriza en Colombia.

No obstante, estas limitaciones desaparecieron del ordenamiento Colombiano siempre que la ley 1563 de 2012 en sus artículos 111 a 115 trajo avances significativos de cara a la ejecutabilidad de los laudos arbitrales proferidos en el extranjero en esa medida dentro de dicho articulado el artículo 114 determino que:

“Artículo 114. Normatividad aplicable al reconocimiento. Al reconocimiento del laudo arbitral se aplicarán exclusivamente las disposiciones de la presente sección y las contenidas en los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por Colombia. En consecuencia, no serán aplicables las disposiciones establecidas en el Código de

²⁰ Arboleda, Universidad Sergio. «Sentencia C-347 de 1997.» <http://www.usergioarboleda.edu.co/>. http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_comercial/material/teoria_general_sociedades_comerciales/corte_constitucional/Sentencia%20C347-97.pdf (último acceso: 2011).

Procedimiento Civil sobre motivos, requisitos y trámites para denegar dicho reconocimiento, disposiciones que se aplicarán únicamente a las sentencias judiciales proferidas en el exterior.”

Conforme con esta disposición se determinó que no serán aplicables las disposiciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil sobre motivos, requisitos y trámites para denegar dicho reconocimiento, disposiciones que se aplicarán únicamente a las sentencias judiciales proferidas en el exterior en esa medida no siendo necesario recurrir al *exequátur*.

Observando hasta acá como el arbitraje internacional sería una de las alternativas tal vez más viable y eficiente de cara a la insolvencia transfronteriza, por las garantías y libertades que este le permite a las partes intervinientes, sin embargo al igual que los demás planteamientos, el arbitramento internacional aún amerita un estudio más profundo en su aplicación a la insolvencia transfronteriza, siendo por esto que por el momento espero haber dejado al menos en el tintero de quienes escuchan o lean, los problemas de la insolvencia transfronteriza, y sus implicaciones en un escenario internacional, donde la globalización esta marcando pautas y retos al mundo jurídico.

Conclusiones

Es así como del anterior trabajo se puede llegar a concluir de cara al régimen de insolvencia transfronteriza contenido en el Título III de la ley 1116 de 2006 adoptado de la ley modelo de la CNUDMI que:

1. La insolvencia transfronteriza como institución jurídica resulta poco efectiva siempre que dependen de la voluntad de cooperación entre los tribunales de los diferentes países, lo cual genera inseguridad frente a los intereses de las partes, razón por la cual la solución ideal estaría determinada por la aplicación generalizada del principio de Unidad-universalidad como forma de establecer un marco normativo que permita la unificación de las disposiciones de insolvencia transfronteriza, dotándose así el derecho concursal de una mayor seguridad jurídica, aun así al ser esta aplicación del principio un entendido idealista, será menester por lo menos tratar de mejorar y complementar los posturas eclécticas en aras de mejorar los mecanismos jurídicos de cooperación, comunicación y asistencia entre los tribunales de los diferentes estados, de forma tal que sea posible dotar de mayor efectividad los procesos de insolvencia transfronteriza.

2. La ley modelo de la CNUDMI cumple su finalidad como ley modelo, pues establece un marco de referencia de cara a los procesos de insolvencia transfronteriza, sin

embargo esta carece de poder coercitivo y su incorporación queda al arbitrio de los países, razón por la cual es necesario una mayor difusión y vinculación que haga de dicha disposición una ley vinculante, para lograr con ello mayor eficacia, pues la generalización de este marco normativo sería un primer paso en la solución de los problemas en la insolvencia transfronteriza.

3. Es necesario pensar en un tratado internacional que regule de manera efectiva los procesos de insolvencia transfronteriza como forma de dotar de efectividad a las disposiciones de la insolvencia transfronteriza, en virtud de principios tales como el *pacta sunt servanda*, que generaría parámetros más vinculantes y exigible entre tribunales de diferentes estados, además de una regulación concreta y común, máxime si se tiene en consideración los pocos países que han adoptado la ley modelo.

4. El exequátur como procedimiento judicial mediante el cual, un Estado reconocen las sentencias dictadas por los tribunales de otro Estado, presenta deficiencias al depender del principio de cortesía internacional, siempre que las sentencias proferidas por tribunales extranjeros pueden ir en contravía de las disposiciones legales de los diferentes países, caso en el cual el exequátur resultaría inaplicable, además de no brindar esta institución seguridad jurídica en los procesos de insolvencia, sin embargo de cara al arbitramento internacional no siendo este un problema actualmente por las modificaciones introducidas por la ley 1563 de 2012.

5. Una posible solución a los problemas en la aplicación de las normas de la insolvencia transfronteriza, estaría determinado por la intervención de tribunales de arbitramento internacional en procesos de insolvencia transfronteriza, como forma de establecerse las condiciones y parámetros de regulación de la insolvencia ya sea para la reorganización o para la liquidación, pero inaplicables en el caso Colombiano siempre que los laudos arbitrales internacionales a la hora de ser aplicados en Colombia deberán pasar por el Exequátur de conformidad con la sentencia C-347 de 1997.

REFERENCIAS

- Arboleda, U. S. (s.f.). *Sentencia C-347 de 1997*. Recuperado el 2011, de
<http://www.usergioarboleda.edu.co/>:
http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_comercial/material/teoria_general_sociedades_comerciales/corte_constitucional/Sentencia%20C347-97.pdf
- (s.f.). En CNUDMI, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza con la Guía para su incorporación al derecho interno*.
- (2006). En CNUDMI, *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia* (pág. 366).
- CNUDMI. (2006). *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*. Recuperado el 2011, de http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf
- CNUDMI. (s.f.). *Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional*. Recuperado el 2011, de
http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html:
<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/insolvency-s.pdf>
- Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional*. (s.f.).
Recuperado el 2011, de Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (Revisado en 2010): <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf>
- Durán, R. E. (2009). La insolvencia Transfronteriza en el Derecho Colombiano. *Revista de derecho, universidad del norte*, 2009, 162-198.

Durán, R. E. (2009). *La insolvencia Transfronteriza en el Derecho Colombiano*. Obtenido de <http://ciruelo.uninorte.edu.co>:

<http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/32/7%20LA%20INSOLVENCIA%20TRANSFRONTERIZA.pdf>

Furnish, E. D. (Noviembre de 2004). *Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado A.C.* Obtenido de

<http://www.amedip.org/pdf/Dale%20Furnish.pdf>:

<http://www.amedip.org/pdf/Dale%20Furnish.pdf>

Furnish, E. D. (noviembre de 2004). *LA INSOLVENCIA INTERNACIONAL (Fuentes y Doctrinas)*.

González, A. S. (s.f.). *CRISIS ECONOMICAS MUNDIALES: EL EFECTO DOMINO*.

Recuperado el 2011, de [http://antiguo.itson.mx/publicaciones/contaduria/21.-](http://antiguo.itson.mx/publicaciones/contaduria/21.-%20Crisis%20economicas%20mundiales,%20el%20efecto%20domino.pdf)

[%20Crisis%20economicas%20mundiales,%20el%20efecto%20domino.pdf](http://antiguo.itson.mx/publicaciones/contaduria/21.-%20Crisis%20economicas%20mundiales,%20el%20efecto%20domino.pdf)

<http://www.uncitral.org/uncitral/es/index.html>. (s.f.). Recuperado el 2011, de Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (Revisado en 2010):

<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf>

(2009). En D. R. Mujica, *Insolvencia Transfronteriza: evolución y estado de la materia*.

NICOLÁS ENRIQUE CUADROS, S. C.-M. (2003). *ANÁLISIS DE LOS PROCESOS*

CONCURSALES Y RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL . Recuperado el 2011, de

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS60.pdf>

Ramirez, G. V. (s.f.). *Aproximación a la Economía Política*. ECOE EDICIONES.

SÁNCHEZ, J. M. (s.f.). http://www.puj.edu.co/banners/El_arbitraje_internacional.pdf.

Recuperado el 2011, de

http://www.puj.edu.co/banners/El_arbitraje_internacional.pdf

Secretaria de Senado Republica de Colombia. (s.f.). Recuperado el 2011, de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1996/ley_0315_1996.html

Secretaria del Senado Republica de Colombia. (s.f.). Recuperado el 2011, de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_procedimiento_civil_pr023.html#693

Secretaria del Senado Republica de Colombia. (s.f.). Recuperado el 2011, de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2006/ley_1116_2006.html

Secretaria del Senado Republica de Colombia. (s.f.). Recuperado el 2011, de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2006/ley_1116_2006_pr001.html#87

SUPERINTENDENCIAS, E. C. (s.f.). *Super iintendencia de Sociedades y de Valores*.

Recuperado el 2011, de [http://www.google.com.co/#sclient=psy-](http://www.google.com.co/#sclient=psy-ab&hl=es&site=&source=hp&q=Un+primer+cargo+de+la+demand+lo+hace+consistir+la+parte+actora+en+la+falta+de+competencia+de+las+Superintendencias+de+Sociedades+y+de+Valores+para+expedir+conjuntamente+los+actos+acusados%2)

[ab&hl=es&site=&source=hp&q=Un+primer+cargo+de+la+demand+lo+hace+consistir+la+parte+actora+en+la+falta+de+competencia+de+las+Superintendencias+de+Sociedades+y+de+Valores+para+expedir+conjuntamente+los+actos+acusados%2](http://www.google.com.co/#sclient=psy-ab&hl=es&site=&source=hp&q=Un+primer+cargo+de+la+demand+lo+hace+consistir+la+parte+actora+en+la+falta+de+competencia+de+las+Superintendencias+de+Sociedades+y+de+Valores+para+expedir+conjuntamente+los+actos+acusados%2)

Walker, E. J. (s.f.).

<http://www.panorama.com.ve/micros/nuevodiseno/sentenciasobremobil.pdf>.

Obtenido de

<http://www.panorama.com.ve/micros/nuevodiseno/sentenciasobremobil.pdf>