

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA
SUBDIRECCION DE POSGRADO



**“LA COOPERACION INTERNACIONAL EN LA LEGISLACION
MEXICANA EN MATERIA DE CONCURSO MERCANTIL”.**

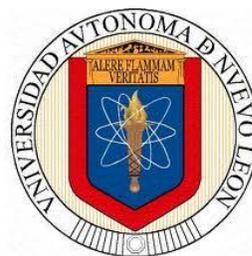
TESIS REALIZADA POR
MTRO. EDUARDO OCHOA TORRES
COMO REQUISITO PARCIAL PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO.

JUNIO 2013.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA

SUBDIRECCION DE POSGRADO



**“LA COOPERACION INTERNACIONAL EN LA LEGISLACION
MEXICANA EN MATERIA DE CONCURSO MERCANTIL”.**

POR MTRO. EDUARDO OCHOA TORRES

DIRECTOR DE TESIS

DR. JAMES ALEXANDER GRAHAM

CD. UNIVERSITARIA

JUNIO 2013

Contenido

INTRODUCCIÓN	4
I. EL PROBLEMA DE LA UNIVERSALIDAD Y DE LA TERRITORIALIDAD DE UNA QUIEBRA INTERNACIONAL.....	5
1. Marco teórico.....	5
2. Doctrinas para la aplicación de la ley.....	11
3. Aplicación de la ley en los concursos mercantiles internacionales.....	14
II. LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES	19
1. Acuerdos internacionales entre países.....	20
2. Los organismos internacionales.....	30
3. Las asociaciones privadas o de profesionales.....	40
III. LEY MODELO UNCITRAL	44
1. Antecedentes de la Ley Modelo.....	45
2. Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza.....	56
IV. COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN LA LEY MEXICANA	67
1. Antecedentes normativos.....	68
2. Ley de Concursos Mercantiles.....	83
V. HACIA UN NUEVO MARCO JURÍDICO PARA LOS ASPECTOS INTERNACIONALES DE LA INSOLVENCIA.....	108
1. Estudio de casos.....	108
2. Propuesta para un nuevo marco jurídico para los aspectos internacionales de la insolvencia.....	124
CONCLUSIONES	133
BIBLIOGRAFÍA.....	135
ANEXOS.....	138
Título Décimo Segundo de la Ley de Concursos Mercantiles.....	138
Ley Modelo de la UNCITRAL sobre insolvencia transfronteriza.....	153
Pautas aplicables a las comunicaciones tribunal a tribunal en casos transfronterizos	171
IBA Cross-Border insolvency concordat	179

INTRODUCCIÓN.

Los procesos de globalización, entendidos como la intensificación de las conexiones entre los habitantes del mundo en todos los ámbitos, demandan estudios que promuevan el entendimiento cultural para evitar el denominado “choque de civilizaciones” y lograr la cooperación internacional entre los sujetos del derecho internacional.

El presente estudio se enmarca y nutre de los mencionados procesos de globalización y tiene como objetivo sentar las bases para la construcción de un sistema normativo internacional que regule los aspectos internacionales del concurso mercantil.

Para lograr el objetivo mencionado, se ha dividido el presente estudio en cinco capítulos. El primero de ellos se titula “El problema de la universalidad y de la territorialidad de una quiebra internacional”, y en él se analizan las diversas doctrinas de aplicación de la ley además de presentar un breve marco conceptual y terminológico. En el segundo capítulo que se titula “Las convenciones internacionales” se hace un repaso a los diversos aportes que se han realizado al tema de los concursos mercantiles internacionales. El tercer capítulo se titula “Ley Modelo UNCITRAL” y ahí se analiza el camino histórico que llevó a la redacción final de la ley modelo. En el cuarto capítulo que se llama “Cooperación internacional en la ley mexicana” se estudia la evolución legal que tuvo la figura del concurso mercantil en nuestro país. Finalmente, en el quinto capítulo se sientan las bases de nuestra propuesta para un nuevo marco jurídico para los aspectos internacionales de la insolvencia.

I. EL PROBLEMA DE LA UNIVERSALIDAD Y DE LA TERRITORIALIDAD DE UNA QUIEBRA INTERNACIONAL.

Un primer nivel de análisis de los aspectos internacionales del concurso mercantil está dado por la aplicación de la ley en su ámbito de territorialidad. Sin embargo, para comenzar con el análisis mencionado es menester primeramente enmarcar teóricamente los conceptos que se van a tratar a lo largo de la presente investigación (1) para posteriormente entrar en el análisis de la aplicación de la ley en el ámbito territorial (2). De esta manera se tendrá una base teórica para entender la aplicación de la ley en los concursos mercantiles internacionales (3).

1. Marco teórico.

Al tratar el tema de los aspectos internacionales del concurso mercantil, es menester en un primer momento ubicar el objeto de estudio dentro de la ciencia del derecho, con el objetivo de tener una mayor comprensión sobre el tema.

Para Mantilla Molina, “el derecho mercantil es el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, regulan éstos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos”¹. En otras palabras, lo que Mantilla Molina refiere es que la ley va a nombrar a ciertos actos como mercantiles ya que éstos no pueden ser calificados de manera arbitraria o subjetiva, del tal forma, que tales actos calificados como mercantiles se van a convertir en el campo de aplicación del

¹ Portales Truebas, Cristina. *Derecho mercantil mexicano*. (Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. México, 2002) P 41.

derecho mercantil. Otra definición establece que el derecho mercantil “es aquella parte del derecho jurídico, fundamentalmente privado, que tiene por objeto la regulación de los empresarios, de la empresa y de los actos relativos a su actividad económica”² En este contexto, es natural la adhesión del concurso dentro de la ciencia del derecho mercantil, dados los derechos y obligaciones que surgen de la actividad comercial y ante una situación de insolvencia.

Además del concurso mercantil, también existe el concurso civil cuando existe la relación jurídica entre acreedores y deudores no comerciantes. En este contexto, se puede hablar de que existen dos especies de insolvencia, a saber: la de los comerciantes que va a estar sujeta a la regulación de la federación, y la insolvencia que se presenta en sujetos no comerciantes, que en nuestro país va a tener una regulación a nivel de derecho local³. Así, por ejemplo, el artículo 749 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nuevo León establece a la letra lo siguiente:

“Artículo 749: El concurso del deudor no comerciante puede ser voluntario o necesario.

Es voluntario cuando el deudor se desprende de sus bienes para pagar a sus acreedores, presentándose por escrito acompañando un estado de su activo y pasivo con expresión del nombre y domicilio de sus deudores y acreedores, así como una explicación de las causas que hayan motivado su presentación en concurso. Sin estos requisitos no se admitirá la solicitud. No se incluirán en el activo los bienes que no puedan embargarse.

² Nieto Salinas, Andrés. *Administración de empresas*. Vol I. (Mad. España, 2004) P 54.

³ Zavala Francisco. *Derecho internacional privado*. (La Europea. México, 1903) P. 196.

Es necesario cuando dos o más acreedores de plazo cumplido han demandado o ejecutado ante un mismo o diversos jueces a sus deudores y no haya bienes bastantes para que cada uno secuestre lo suficiente para cubrir su crédito y costas”.

Si nos enfocamos en los concursos mercantiles, es natural su ubicación dentro de la ciencia del derecho mercantil. De similar manera, pareciera natural también la adhesión de nuestro tema de estudio dentro del derecho privado; sin embargo, es necesario un análisis a mayor profundidad.

La distinción entre derecho público y derecho privado tiene sus raíces en el derecho romano. En efecto, se reconoce en Ulpiano el primer jurisconsulto que estableció la clásica división del derecho entre público y privado; es así que Ulpiano reservaba al derecho público los asuntos precisamente públicos como el poder de los magistrados y la religión del Estado, mientras que el derecho privado es el que concernía a los intereses de los individuos⁴. De manera general, se puede establecer que el derecho público establece una relación de supra a subordinación entre los actores en una relación jurídica, esto es, se regula la relación entre el Estado y los ciudadanos. En contraste, en el derecho privado las relaciones jurídicas se presentan en un plano de igualdad y se regulan las relaciones entre los ciudadanos. Bajo este marco, los concursos mercantiles forman parte del derecho privado, ¿pero qué pasa cuando hay una conexión internacional?

Para analizar la cuestión, es necesario tomar en consideración que a nivel internacional también existe una diferenciación entre el derecho internacional público y el

⁴ Stein, Peter. *El derecho romano en la historia de Europa*. (Siglo XXI. España, 2001) Pág 30-31.

derecho internacional privado: “el derecho como técnica de regulación de conductas, se desarrolla en forma de derecho internacional público (para los Estados nacionales y los organismos internacionales), y de derecho internacional privado (para las relaciones interestatales de los residentes, súbditos o nacionales de dichos Estados, etc)”⁵”

Cuando existe una relación jurídica entre dos o más sujetos que están ubicados en Estados distintos, se hace necesario el establecimiento de un orden jurídico que regule esa relación. De ahí deriva la importancia del derecho internacional público, definido por Loretta Ortiz como “aquella rama del derecho que regula el comportamiento de los Estados y demás sujetos atípicos mediante un conjunto de normas positivizadas por los poderes normativos peculiares de la comunidad internacional”⁶ En este contexto, un concurso mercantil internacional va a ocupar la normatividad que surja del derecho internacional público para regular la relación jurídica que tiene puntos de contactos con diversos Estados.

Lo que se tiene al ubicar el tema del concurso mercantil internacional en la ciencia del derecho, es que se empiezan a vislumbrar las complejidades dadas las interconexiones entre órdenes jurídicos distintos. Lo que surge de lo anterior, es que una relación preponderantemente de derecho privado puede llegar a tener una conexión con el derecho público, lo que también conduce a reflexionar sobre la tradicional dicotomía del derecho entre público-privado cada vez más cuestionada y en desuso.

⁵ Leonel Pérez Castro y Jorge Silva Silva. *Derecho Internacional Privado. Parte especial*. (Oxford. México, 2000) P 294.

⁶ Ortiz Ahlf, Loretta. *Derecho internacional público*. (Oxford. México, 2004) Pag 2

Una vez ubicado doctrinal y científicamente el tema en estudio, resulta pertinente además enmarcar terminológicamente los conceptos a utilizar. Lo anterior con el objetivo de evitar confusiones y tener una mejor comprensión conceptual.

El vocablo concurso (del latín concursus) evoca una concurrencia, un conjunto de personas que se reúnen o juntan para desarrollar un determinado fin. En su acepción jurídica, “el concurso es un procedimiento judicial que pretende dar solución a la insolvencia del deudor común con la finalidad esencial de satisfacer a los acreedores”⁷

De la anterior definición, tenemos que en el concurso mercantil se presenta la concurrencia de los acreedores para dar solución a la insolvencia del deudor. Por lo tanto, se tiene que uno de los presupuestos para que se inicie un concurso mercantil es precisamente la insolvencia⁸, entendida como la “carencia de medios económicos bastantes para el pago de las obligaciones pendientes”⁹. Entonces, se tiene que primeramente debe haber una insolvencia para que exista la concurrencia de acreedores cuya finalidad va a ser que el deudor cumpla con sus obligaciones y de esta manera se puedan satisfacer los derechos de los acreedores.

En ocasiones, es recurrente encontrarse con que el vocablo insolvencia es utilizado a través de un lenguaje común indistintamente al vocablo de quiebra. Sin embargo, es necesario realizar algunas precisiones para evitar confusiones y equívocos en el uso de los conceptos.

⁷ Arribas Hernández, Alberto. *Derecho concursal*. (Grupo Editorial El Derecho. Madrid, 2012) Pag 13.

⁸ Gadea, Enrique. *Iniciación al estudio del derecho concursal*. (Dykinson. Madrid, 2005) Pag 60.

⁹ De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael. *Diccionario de derecho*. (Editorial Porrúa. México, 2000) Pag 323.

La insolvencia ha sido definida de la siguiente manera:

“Hecho jurídico que consiste en el excedente del pasivo patrimonial del deudor, que provoca necesariamente el incumplimiento de las obligaciones del mismo frente a los sujetos activos, quienes se encuentran impedidos para ejecutar las acciones para las que los faculta la ley”¹⁰

En el diccionario de derecho la quiebra es definida como un estado jurídico que es declarado judicialmente¹¹. Por su parte, Quevedo Coronado establece que la quiebra es una *“situación en que el patrimonio universal del comerciante deudor declarado quebrado responde frente a todos sus acreedores conjuntamente, atendiendo a la satisfacción proporcional de los créditos mediante un tratamiento igualitario, ante la imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones líquidas y exigibles”*.¹²

Otra acepción jurídica del término de quiebra establece que es:

“el estado especial en el que se encuentra el empresario insolvente que cesa en los pagos de una forma general. Ello implica que el deudor fallido pierde la disposición y

¹⁰ Machuca Montes, Alfredo. *Concursos mercantiles en los Estados Unidos Mexicanos*. (Insol México. México, 2007) P. 13.

¹¹“Estado jurídico de un comerciante, declarado judicialmente, como consecuencia del incumplimiento en el pago de sus obligaciones profesionales, que produce la limitación de sus facultades relativas a la administración y disposición de los bienes, así como la liquidación de su patrimonio y distribución de los bienes que lo constituyen entre los acreedores legítimos en la proporción en que tengan derecho a ser pagados”

De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael. *Diccionario de derecho*. (Editorial Porrúa. México, 2000) Pag 427.

¹²Quevedo Coronado, Ignacio. *Derecho mercantil*. (Pearson Prentice Hall. México, 2004) Pag 347.

*administración de sus bienes y queda inhabilitado para el ejercicio de la actividad empresarial mientras no sea rehabilitado”.*¹³

Los elementos de las definiciones presentadas, muestran que la quiebra implica un acto declarativo por parte del juez, que implica que el patrimonio del deudor debe ser utilizado para satisfacer los derechos de los acreedores.

Se puede colegir que el punto de partida, antes de que ocurra una quiebra, es una situación de insolvencia, en donde una persona moral o física no puede sostener económicamente sus obligaciones. En un segundo paso hay un concurso, esto es, la concurrencia de los acreedores que tienen como objetivo hacer cumplir sus derechos frente a las obligaciones de la persona en insolvencia. Y un tercer estadio está dado por la quiebra, en la cual hay una declaración judicial que puede llegar a la liquidación del patrimonio del quebrado así como su distribución entre los acreedores.

2. Doctrinas para la aplicación de la ley.

Se ha reconocido que el Estado, para ser considerado como sujeto de derecho internacional debe cumplir con ciertos requisitos que son: población permanente, territorio determinado, gobierno y capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados. Lo anterior, de acuerdo a lo establecido por la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados de 1933 (Convención de Montevideo) que recoge los elementos que el derecho internacional consuetudinario considera necesarios para la “existencia” de cualquier Estado.

¹³ Calavia Molinero, José Manuel. *Derecho mercantil*. (UOC. España, 2009) Pag 66.

Para efectos del presente estudio va a interesar el elemento del territorio, ya que es a partir de un espacio geográfico determinado que el Estado ejerce su soberanía. El concepto moderno de territorio surge en 1648 con la llamada paz de Westfalia. En efecto, es a partir de la normatividad que se gestó en Westfalia que se aceptó la coexistencia de las soberanías católicas y protestantes¹⁴, lo que condujo a la creación del Estado-Nación vinculado a un territorio determinado. Años antes, a comienzos del siglo XVI Maquiavelo había puesto las bases teóricas para la concepción del Estado moderno con poder monopólico frente a las otras fuentes de poder.

Desde antes de la gestación del Estado moderno se presentaba el debate acerca de los alcances de la ley Estatal frente a la ley extranjera. Al ser el territorio un elemento del Estado, resulta natural la visión de que el poder Estatal se va a limitar al espacio geográfico que ocupa el Estado y más allá de sus fronteras el poder tiene que ser ejercido por otro Estado. De acuerdo a la doctrina clásica del derecho romano, existía el *ius civile* que aplicaba para los ciudadanos romanos y el *ius Gentium* para todos aquellos casos que contaban con un elemento extranjero. Es así como se empieza a gestar la doctrina de la aplicación territorial de la ley.

Bertrand D'Argentre, originario de Bretaña, de familia noble, historiador y jurista, esgrimió la doctrina de la territorialidad en el siglo XVI. Las doctrinas de la territorialidad, surgen en una época de resquebrajamiento del feudalismo europeo frente al poderío de los reinos y la gestación del Estado-Nación. En este contexto, la doctrina dominante de la

¹⁴ Rudolf Bernhardt. *Encyclopedia of public international law*. 7 (Elsevier science publishers. Netherlands, 1984) P. 13.

época establecía la aplicación territorial de la ley como una forma de protección frente a la amenaza de la anexión o la pérdida de poder frente a la aplicación de una ley extranjera. La doctrina de la territorialidad tuvo su auge en la llamada escuela de los estatutarios¹⁵ de Francia y Holanda¹⁶.

La contraparte a la doctrina de la territorialidad está dada por la doctrina de la extraterritorialidad que se presentaba, ya desde el año 1228 en la Glosa de Accursio que establecía que “si un habitante de Bolonia se traslada a Módena no debe ser juzgado con arreglo a los estatutos de Módena, a los cuales no está sometido, como lo demuestra la frase de la ley cunctos populos: los que están sometidos a nuestra benévola autoridad”¹⁷ En este contexto, bajo la visión de la aplicación extraterritorial de la ley, las leyes de un Estado acompañan al individuo que sale de dicho Estado.

En el caso Lotus, se presentó la oportunidad para que la Corte Permanente de Justicia Internacional reafirmara el principio de la territorialidad como punto de partida de la soberanía Estatal. Además, la decisión Lotus de comienzos del siglo XX estableció que existe una discrecionalidad en virtud del derecho internacional para que los Estados puedan extender su jurisdicción a personas, propiedades o actos ocurridos más allá de sus fronteras¹⁸. Lo que tenemos entonces es un principio de extraterritorialidad que establece que el poder del Estado puede abarcar más allá de su territorio.

¹⁵ Balestra, Ricardo. *Manual de Derecho Internacional Privado*. (Alfredo Perrot. Buenos Aires) Pag 38.

¹⁶ Guerrero, Sergio. *Derecho Internacional Privado*. (Porrúa. México, 2006) Pag 28.

¹⁷ Balestra, Ricardo. *Manual de Derecho Internacional Privado*. (Alfredo Perrot. Buenos Aires) Pag 14.

¹⁸ PCIJ Reports, Series A, No. 10.

Si la visión de la doctrina del territorialismo implica que la ley del Estado va a ser aplicada sobre cualquier otra y la visión del extraterritorialismo implica que la ley nacional puede aplicarse más allá de sus fronteras, tenemos también la existencia de un verdadero orden jurídico internacional. En efecto, cada vez es más reconocida la existencia de leyes y principios verdaderamente internacionales que cobran vigencia aún y sin el consentimiento explícito de los Estados.

El artículo 2.7 de la Carta de la Organización de Naciones Unidas establece que “Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados.” Este artículo, interpretado *a contrario sensu*, indica que las Naciones Unidas podrán intervenir en asuntos que no sean de la jurisdicción interna de los Estados, esto es, que formen parte del orden jurídico internacional.

La ley nacional, la extranjera o incluso una ley netamente internacional pueden potencialmente incidir en la forma en que se llevará a cabo el procedimiento de concurso mercantil. Por tal motivo, es menester realizar un análisis con respecto a la aplicación de la ley en los concursos mercantiles con conexión internacional.

3. Aplicación de la ley en los concursos mercantiles internacionales.

Cuando en una situación jurídica, como la que se podría desarrollar en un concurso mercantil, existen elementos de conexión con otro Estado, una cuestión importante a

dilucidar se refiere a la aplicación de la ley. Pensemos por ejemplo, en una situación de insolvencia en donde una empresa tiene tanto patrimonio como acreedores en dos Estados distintos. ¿Se deben de iniciar varios procedimientos de concurso en los países en donde el deudor tenga patrimonio? ¿Será necesario un solo procedimiento en un país? Este tipo de interrogantes, ya analizadas en su aspecto general en el análisis de la aplicación de la ley en su ámbito territorial, serán ahora analizadas desde el punto de vista más específico de la aplicación de la ley en los concursos mercantiles internacionales.

En la doctrina, se han establecido dos grandes sistemas para tratar los aspectos internacionales del concurso mercantil internacional. Dichos sistemas son: la unidad y la pluralidad, o también conocidos como los sistemas de la universalidad o de la territorialidad. Hay quienes proponen también la existencia de un sistema mixto o intermedio, sin embargo, más que un sistema autónoma doctrinalmente separado de los otros dos, creemos que se trata de matices que involucran una modificación de grado y no verdaderamente sustancial como para crear un sistema autónomo.

El sistema de la unidad implica tener una panóptica del procedimiento de insolvencia; esto es, hay un solo procedimiento que se puede extender más allá de las fronteras y el juez extranjero tendría que reconocer la existencia de un procedimiento concursal. Es así que “el principio de la unidad y de la universalidad de la quiebra reconoce el derecho a conocer de la quiebra al tribunal de la sede social del deudor. En efecto, sólo la ley en vigor en el Estado de ubicación del principal establecimiento es aplicable”.¹⁹

¹⁹ Cueto Alvarez de Sotomayor, José Ma et alli. *La armonización del derecho mercantil en Africa impulsada por la OHADA*. (Gobierno de España. España, 2011) Pag 291.

Lo que se tiene con el sistema de la unidad es el sometimiento a una sólo ley. En efecto, el procedimiento de concurso con conexión a una soberanía extranjera deberá ser regida por una ley a la cual el juez extranjero tendrá que aplicar. Lo anterior nos lleva a considerar una vez más la extraterritorialidad de la ley aplicable. En este contexto, la administración del procedimiento de quiebra estará regido por las leyes locales, que sin embargo, podrán aplicar un derecho extranjero cuando el mismo sistema normativo local lo permita.

La visión de la doctrina de la unidad, es la existencia de un procedimiento que va a tratar sobre un solo patrimonio sin importar el lugar en donde físicamente se encuentre. En otras palabras:

*“El fundamento de este sistema radica en que cada persona tiene un solo patrimonio. Si la finalidad de la quiebra es realizar prácticamente el principio de que todos los bienes del deudor son la garantía común de sus acreedores, es menester reunir todos los bienes, (sea cual fuere el lugar donde se encuentren) en una sola masa, para el tratamiento igualitario de todos los acreedores. A tales efectos, esos bienes deben someterse a una administración única y los acreedores deben hacer valer sus derechos en un proceso único”.*²⁰

²⁰ Rodriguez Olivera, Nuri. Report for Uruguay. In Fletcher, Ian (ed) *Cross border insolvency*. (Max Planck. Tubingen, 1992) P. 256.

Otros beneficios que se deben de reconocer en la visión del sistema de la unidad es la economía procesal y de gastos²¹. En efecto, la unidad permite tener un solo procedimiento en lugar de procedimientos dispersos que avancen de forma paralela, con las previstas consecuencias dilatorias que esto puede conllevar. Por tal motivo, un procedimiento concursal establecido bajo la visión de la unidad va a permitir una mejor economía procesal y por tanto los gastos en los que se incurrirá también serán menores.

Lynn Lopucki, agrupa las ventajas que se considera tiene el sistema de la universalidad o de la unidad de la siguiente manera:

- Un sistema universalista dará cuentas de mayores ingresos en un proceso de liquidación de las compañías multinacionales debido a que un representante único tendrá la autoridad para disponer de todos los activos.
- La reorganización de una firma multinacional viable a menudo requiere la utilización coordinada de los activos localizados en países diferentes.
- La colecta y distribución de los activos a través de un foro único va a resultar en costos menores que la colecta y distribución a través de foros múltiples.
- Los defensores del sistema universal también señalan que una ventaja es que el sistema es más predecible ante los prestamistas que contemplan créditos a deudores multinacionales o a deudores que en el futuro se volverán multinacionales.

²¹ Somerville Senn, Hernan. *Uniformidad del derecho internacional privado convencional americano*. (Editorial Jurídica de Chile. Chile, 1965) Pag 156.

- El sistema de la universalidad resulta en una distribución más justa entre los acreedores.²²

Si se reconoce en el sistema de la unidad como la vía más adecuada para llevar a cabo un procedimiento de concurso, queda analizar con respecto al lugar en donde se debería de llevar a cabo e iniciar el procedimiento. La respuesta normalmente está dada por el lugar del domicilio del deudor²³. Si se tiene duda del domicilio mercantil, algunos sistemas normativos sostienen que se deberá de tomar en cuenta el domicilio civil.

En contraste con el sistema de la unidad, el sistema de la pluralidad reconoce la existencia de procesos paralelos. Cuando exista un procedimiento de insolvencia con un patrimonio ubicado en distintos países, bajo el sistema de la pluralidad se tendrán que iniciar en cada país un procedimiento de concurso distinto. En este contexto, cada procedimiento es autónomo y si, por ejemplo, un país decide declarar en quiebra a una persona o empresa, esto no tendría relevancia con respecto a los bienes o a los acreedores en otros países.

El sistema de la pluralidad significa el sometimiento a la visión territorialista de la aplicación de la ley. En este contexto, será la ley nacional la que tendrá aplicación en atributo de la soberanía y no tendrá efecto la ley extranjera. De lo anterior, se colige una de las principales razones para que los partidarios de la doctrina del territorialismo sostengan que la quiebra debe ser localizada en cada Estado, la que basan en que la quiebra es una vía

²² Lopucki, Lynn. *Cooperation in international bankruptcy: a post universalist approach*. (Cornell Law Review. Vol 84) P. 707-708.

²³ Zavala Francisco. *Derecho internacional privado*. (La Europea. México, 1903) P. 198

de ejecución simplemente y como tal, es un atributo de la soberanía, que no puede sujetarse a la ley o a sentencias extranjeras²⁴.

El sistema de la pluralidad, como ya hemos indicado, implica que se deben de iniciar diversas cantidades de quiebras que van a depender del número de países en los cuales el deudor tenga bienes. Por lo tanto, el sometimiento será a leyes distintas que evidentemente van a variar de acuerdo al lugar en donde se encuentre ubicado el patrimonio.

Bajo la doctrina de la territorialidad, la quiebra sólo va a tener efectos dentro de las fronteras del Estado donde se declara²⁵. Es por ello que en todos los países en donde el deudor tenga un patrimonio, que se deberá iniciar un procedimiento distinto que se desarrollará de manera paralela. Lo anterior conduce a que existan liquidaciones múltiples en donde en cada una de ellas se de preferencia a los acreedores que estén ubicados en ese país²⁶.

II. LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES

Diversos han sido los esfuerzos para tratar de evitar la dispersión legislativa y lograr que existan acuerdos mínimos entre los Estados para aumentar la certeza jurídica en

²⁴ Idem P.196-197.

²⁵ Cueto Alvarez de Sotomayor, José Ma et alli. La armonización del derecho mercantil en Africa impulsada por la OHADA. (Gobierno de España. España, 2011) Pag 292.

²⁶ Rodriguez Olivera, Nuri. Report for Uruguay. In Fletcher, Ian (ed) Cross border insolvency. (Max Planck. Tübingen, 1992) P. 257.

los procedimientos de concurso mercantil con conexión internacional. Hoy en día, se cuenta con toda un engranaje que permite el intercambio de ideas entre los individuos y los Estados de todo el mundo. Existe toda una “arquitectura internacional” que permite el funcionamiento de foros, organizaciones internacionales y eventos en donde se discuten los problemas comunes de la sociedad internacional. Sin embargo, esto no siempre fue así y diversas circunstancias se presentaron en el devenir histórico que hacen necesario realizar un breve repaso para comprender mejor los tiempos actuales.

El marco legal de los procedimientos de concurso con elementos internacionales se ha nutrido desde diversos ángulos, por tal motivo es necesario realizar un análisis que incluya los acuerdos internacionales entre países (1), el trabajo de las organizaciones internacionales (2) y las propuestas que se han realizado desde asociaciones privadas o de profesionales (3).

1. Acuerdos internacionales entre países.

Los antecedentes sobre los concursos mercantiles, los podemos encontrar en el derecho romano. En efecto, una de las primeras legislaciones en la materia se puede encontrar en la sociedad romana con la Ley Poetelia Papiria primero y la Ley Julia posteriormente en el año 737. La Ley Poetelia Papiria del año 326 A.C. eliminó la responsabilidad personal por deudas, para establecer solamente una responsabilidad patrimonial; mientras que el elemento central de la Ley Julia es que se castiga “con la privación de su derecho de crédito al acreedor que directamente ejercite actos de fuerza

sobre la persona del deudor para compelerle al pago”²⁷ Sin embargo, las disposiciones del derecho romano se circunscribían en un territorio determinado y específico, por lo cual, no tomaban en consideración los elementos que traería una posible insolvencia “transfronteriza”.

Con la aparición y desarrollo de los bancos que se presentó en la época medieval en Europa, se presentaron los primeros intentos para regular las hipótesis relacionadas con la quiebra “internacional”. En este contexto, podemos ubicar a los primeros tratados “internacionales” sobre los concursos mercantiles en los acuerdos que se realizaban entre las ciudades-Estado de Italia medieval.

En 1204, Verona y Trento firmaron un tratado que regulaba la transferencia de activos de un deudor en caso de concurso²⁸. Es así que podemos ubicar a esta fecha como el inicio de un camino que tiene como objetivo establecer un marco jurídico eficiente para los casos de concurso mercantil internacional. En estos primeros acuerdos que se presentaban entre distintas soberanías, una de las debilidades que existían era la ausencia de un organismo unificador de la comunidad internacional. Ante este vacío, la figura del Papa iba a tomar una preponderancia en diversos temas, incluidos los primeros concursos mercantiles internacionales.

Continuando en el contexto de la Europa medieval ¿qué pasaba cuando una entidad económica entraba en un proceso de insolvencia? El ejemplo se presentó en 1302

²⁷ Pulgar Ezquerro, Juana. *La declaración del concurso de acreedores*. (La Ley. Madrid, 2005) P. 43.

²⁸ Wood, Philip. *Principles of international insolvency*. (Sweezy & Maxwell. UK, 2007) P.

en el territorio que hoy es Italia y con el banco Ammanati, con presencia, deudores y acreedores por toda Europa occidental, que entró en un proceso de insolvencia²⁹. De esta manera, se presentaba una problemática novedosa para la época en donde seguramente cada soberanía tenía una solución distinta. Sin embargo, tuvo que intervenir el elemento que era unificador para la época y que funcionaba como una especie de “gobierno mundial”. En efecto, fue la Santa Sede quien tuvo un papel de liderazgo en el proceso de insolvencia del banco Ammanati para la satisfacción de sus acreedores que estaban en distintos lugares de Europa.

La situación del banco Ammannati se repitió en algunos otros casos en la Europa Medieval, y su resolución fue similar debido a la intervención Papal. De esta forma, hay que ubicarnos en la geopolítica de la época para entender la resolución de los casos de insolvencia en la Europa medieval. El Papa tenía un cierto poder frente a los Estados europeos, y era además un acreedor del banco Ammanati; por lo que usó su autoridad para prohibir a todos los deudores del banco que pagaran sus deudas a los dueños del banco sin el permiso de la Santa Sede, y además prohibió que los dueños del banco tuvieran acceso libre a los activos³⁰. En este contexto, se puede apreciar una visión universalista en donde el elemento unificador está dado por la Santa Sede. El proceso de insolvencia del banco Ammanati no tuvo diversas respuestas de acuerdo a cada soberanía, sino que fue a través de la voluntad de la Santa Sede que el proceso fue unificado.

²⁹ Wesels, Bob. *International insolvency law*. (Kluwer. Netherlands, 2006) P. 21

³⁰ Berglund, Mikael. *Cross border enforcement of claims in the EU: History, present time and future*. (Kluwer Law International. The Netherlands, 2009) P. 60.

Lo que se tiene en la gestación del marco legal que va a reglar los procesos de concurso mercantil con elementos internacionales, es un proceso paralelo en donde por un lado se tiene a la negociación de acuerdos internacionales entre soberanías y por el otro, la figura del Papa como elemento unificador que va a aportar respuestas para llegar a una solución satisfactoria en los concursos mercantiles. Estos procesos van a nutrir posteriormente al marco legal moderno que se construya sobre la materia.

El tratado entre Francia y Suiza de 1869 se considera como uno de los primeros tratados modernos en contener provisiones específicas para los procedimientos de concurso internacional³¹, e incluso sirvió de modelo para los tratados bilaterales sobre la materia que se daría posteriormente. Este tratado, oficialmente llamado “Convenio entre Francia y la Confederación Suiza sobre competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil” regula algunos aspectos de la quiebra en los artículos 6 al 9.

El convenio entre Francia y Suiza de 1869, comienza estableciendo que la quiebra de una persona francesa ubicada en Suiza, podrá ser decidida por el tribunal de la residencia en Suiza; y mismo hipótesis a la inversa. El síndico administrará la quiebra y podrá disponer de los bienes sin importar si se encuentran en territorio francés o suizo, pero en lo concerniente a los muebles tendrá que observar la legislación del país en que estén ubicados. Para resolver el problema de la jurisdicción, el tratado franco-suizo de 1869 estableció que se decidiría conforme al domicilio en donde estaba ubicado el deudor.

³¹ Nadelmann, Kurt. *Conflict of laws: International and interestate*. (Martinus Nijhoff. The Hague, 1972) P 307

La principal debilidad del tratado entre Francia y Suiza deriva de una cuestión meramente práctica que es la que resulta en tener un tratado solamente de naturaleza bilateral. En efecto, para tener soluciones verdaderamente comunes a fenómenos internacionales se requieren un consenso en la voluntad de mucho más de dos países. Por otra parte, lo que deja el tratado es un legado que va a servir para la gestación de esfuerzos que van a involucrar a más países para intentar lograr un verdadero marco normativo común para los procesos de concurso mercantil con elementos internacionales.

En el contexto latinoamericano, es de resaltar la importancia que tuvo la realización de los Congresos Jurídicos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado que se llevaron a cabo el primero de ellos en 1889 y el segundo en 1940. Esta fue una iniciativa organizada por los gobiernos de Argentina y Uruguay, países que buscaban organizar un congreso cuyo objeto “era llevar a inmediata realización el pensamiento en que habían coincidido sus respectivos gobiernos de convocar un Congreso de Jurisconsultos en las distintas naciones de América del Sur para uniformar, por medio de un tratado, las diversas materias que abarca el derecho internacional privado”³² Y es así como surgen los denominados tratados de Montevideo.

Para la elaboración de los tratados de Montevideo asistieron ministros de los países de Bolivia, Argentina, Brasil, Paraguay, Chile, Perú y Uruguay. Se aprobaron un total de ocho tratados con temas que abarcan el derecho civil, derecho comercial, derecho penal y derecho procesal. Para el tema que interesa a los fines del presente estudio, el

³² Monsálvez Muller, Aldo. *Del cumplimiento en Chile de resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros*. (Editorial Andrés Bello. Chile, 1973) P. 41.

tratado que interesa es el denominado “Tratado de derecho comercial terrestre internacional” que surge en el contexto de los tratados de Montevideo y que sirvió como una herramienta que unificó algunas reglas del derecho internacional privado sobre la insolvencia. Lo relacionado con el tema de las quiebras se regula en el título octavo que incluye los artículos 40 al 53 y son del tenor literal siguiente:

“Artículo 40. Son jueces competentes para declarar la quiebra, los del domicilio del comerciante o de la sociedad mercantil, aun cuando practiquen accidentalmente actos de comercio en otro u otros Estados, o tengan en alguno o algunos de ellos, agencias o sucursales que obren por cuenta y responsabilidad del establecimiento principal”.

“Artículo 41. Si el fallido tiene dos o más casas comerciales independientes en distintos territorios, serán competentes para conocer del juicio de quiebra de cada una de ellas, los jueces o tribunales de sus respectivos domicilios”.

“Artículo 42. La declaración de quiebra y demás actos concernientes a ella cuya publicación esté prescrita por las leyes del Estado en donde la quiebra ha sido declarada se publicarán en los Estados en donde existan agencias, sucursales o establecimientos del fallido, sujetándose a las formalidades establecidas por las leyes locales”.

“Artículo. 43. Declarada la quiebra en un Estado, las medidas preventivas de seguridad y conservación dictadas en el respectivo juicio, se harán también efectivas sobre los bienes que el fallido tenga en los otros Estados, con arreglo a las leyes locales”.

“Artículo. 44. Una vez cumplidas las medidas preventivas por medio de las respectivas cartas rogatorias, el juez exhortado hará publicar durante treinta días en los lugares donde el fallido posea bienes, avisos en los cuales se dé a conocer el hecho de la declaración de quiebra y las medidas que se hubieren dictado”.

“Artículo. 45. Los acreedores locales podrán, dentro del término de sesenta días, contados a partir de la última publicación a que se refiere el artículo anterior, promover en el respectivo Estado un nuevo juicio de quiebra contra el fallido, o concursado civilmente si no procediese la declaración de quiebra. En tal caso, los diversos juicios de quiebra se seguirán con entera separación y serán aplicadas, respectivamente, en cada uno de ellos, las leyes del Estado en donde el procedimiento se radica. Asimismo, se aplicarán las leyes correspondientes a cada juicio distinto y separado para todo lo concerniente a la celebración de concordatos preventivos u otras instituciones análogas. Todo ello sin perjuicio del cumplimiento de las medidas a que se refiere el art. 43, de lo dispuesto en el art. 47, de este título y de las oposiciones que puedan formular los síndicos o representantes de la masa de acreedores de los otros juicios”.

“Artículo. 46. Entiéndese por acreedores locales que corresponden a la quiebra declarada en un Estado, aquellos cuyos créditos deben satisfacerse en dicho Estado”.

“Artículo. 47. Cuando proceda la pluralidad de los juicios de quiebra, según lo establecido en este título, el sobrante que resultare en un Estado a favor del fallido, quedará a disposición del juez que conoce de la quiebra en el otro, debiendo entenderse con tal objeto los jueces respectivos”.

“Artículo. 48. En el caso de que se siga un solo juicio de quiebra, porque así corresponda según lo dispuesto en el art. 40, o porque los titulares de los créditos locales no hayan hecho uso del derecho que les concede el art. 45, todos los acreedores del fallido presentarán sus títulos y harán uso de sus derechos de conformidad con la ley y ante el juez o tribunal del Estado que ha declarado la quiebra.

En este caso, los créditos localizados en un Estado tienen preferencia con respecto a los de los otros, sobre la masa de bienes correspondientes al Estado de su localización”.

“Artículo. 49. La autoridad de los síndicos o administradores de la quiebra única, cualquiera que sea su denominación o la de sus representantes, será reconocida en todos los Estados contratantes.

Podrán tomar medidas conservativas o de administración, comparecer en juicio y ejercer las funciones y derechos que les acuerdan las leyes del Estado en donde fue declarada la quiebra pero la ejecución de los bienes situados fuera de la jurisdicción del juez que entiende en el juicio, deberá ajustarse a la ley de la situación”.

“Artículo. 50. Aun cuando exista un solo, juicio de quiebra, los acreedores hipotecarios o prendarios, anteriores a la fecha de la definitiva cesación de pagos, podrán ejercer sus derechos ante los jueces del Estado en donde están radicados los bienes hipotecados o dados en prenda”.

“Artículo. 51. Cuando exista pluralidad de juicios de quiebra, los bienes del deudor situados en el territorio de otro Estado en el cual no se promueva juicio de quiebra,

concurso civil u otro procedimiento análogo, concurrirán a la formación del activo de la quiebra cuyo juez hubiere prevenido”.

“Artículo. 52. En el caso de pluralidad de quiebras, el juez o tribunal en cuya jurisdicción esté domiciliado el fallido será competente para dictar todas las medidas de carácter civil que le conciernan personalmente”.

“Artículo. 53. Las reglas referentes a la quiebra, serán aplicables, en cuanto corresponda, a las liquidaciones judiciales, concordatos preventivos, suspensión de pagos u otras instituciones análogas contenidas. en las leyes de los Estados contratantes”.

Otra convención internacional que destaca por su modernidad fue la realizada en 1933 entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia (la Convención Nórdica), que adopta la visión de la unidad y universalidad, bajo la tutela de la ley del domicilio. La universalidad presente en la Convención Nórdica, se presenta a lo largo del texto bajo tres principios: el primero es que una quiebra en un país nórdico comprende todos los activos y pasivos que el deudor tenga en otros países nórdicos, el segundo es que la *lex concursus* es aplicable a menos de que exista una excepción específica establecida en la convención, y el tercer principio es que el administrador de la quiebra está autorizado para disponer de todos los activos de la quiebra sin importar el país nórdico en donde estén situados³³.

³³ <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/398/1554.html>

La convención consta de 17 artículos y es importante señalar que a la fecha se mantiene vigente entre los Estados contratantes, aunque ha tenido dos revisiones, la primera en 1977 y la segunda en 1982.

El artículo primero de la Convención Nórdica establece que una declaración de quiebra en cualquiera de los Estados contratantes deberá aplicar también a las propiedades que el deudor tenga en el territorio de otros Estados. La ley del Estado en el cual la insolvencia tenga lugar será la que va a regular el procedimiento.

Otro de los elementos importantes que aparece en la Convención Nórdica de 1933, es que los tribunales de los Estados deberán realizar un inventario de las propiedades que el deudor tenga, lo anterior a solicitud de los oficiales de la quiebra.

La Convención Nórdica hace un reparto de las facultades que cada Estado tiene y de aquéllas que pueden tener un efecto extraterritorial. Ejemplo de lo anterior es lo señalado por el artículo 6 que establece que el procedimiento para la venta de propiedad que forma parte de la quiebra, deberá ser regulado de acuerdo a la ley del Estado. Además, las reglas aplicables a los reclamos preferenciales contra activos y la cuestión de la prioridad ante tales reclamos preferenciales, deberá ser determinada por las leyes del país en el cual la propiedad esté situada cuando la quiebra se realice.

La Convención Nórdica muestra el intento de varios países (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia) para generar un sistema coherente y que brinde seguridad jurídica en los procesos de quiebra con elementos internacionales. Este esfuerzo regional

sin duda sentó las bases para los trabajos posteriores de unificación y armonización de la legislación en materia de insolvencia.

2. Los organismos internacionales.

Se ha analizado cómo durante la época Medieval, en Europa el Papa jugaba un rol que servía como un ente transnacional y regulador de la “comunidad internacional”. Posteriormente, la creación del Estado moderno va a traer como consecuencia el establecimiento de organismos y foros internacionales que serán los que ahora funciones como “reguladores” de la comunidad internacional. En este contexto, es importante conocer y analizar las diversas propuestas normativas que desde los organismos y foros internacionales se han realizado con respecto a los procedimientos de quiebra con elementos internacionales.

Dentro del contexto latinoamericano, la Convención de Derecho Internacional Privado de 1928 (el Código Bustamante) fue uno de los primeros intentos regionales en establecer reglas que iban a regular no sólo la materia correspondiente a quiebras sino temas generales de derecho internacional. El Código de Bustamante fue producto de la VI Conferencia Interamericana que se llevó a cabo en la Habana, Cuba. Las conferencias interamericanas (también llamadas conferencias internacionales americanas) fueron reuniones de representantes de Estados América que se llevaron a cabo de 1889 a 1954.

El Código de Bustamante consta de un título preliminar y cuatro libros. El libro primero es de derecho civil internacional, el libro segundo se titula derecho mercantil

internacional, el libro tercero trata sobre derecho penal internacional y el último libro es de derecho procesal internacional.

El Código de Bustamante no define lo que se debe considerar como quiebra, este es un elemento que deja para que sean las legislaciones locales las que la definan. Este es un elemento común que se presenta en varias de las convenciones internacionales que puede tener diversas implicaciones. Por ejemplo, si una definición de quiebra varía con otra respecto de otro país contratante de la Convención, se tendría que aceptar como válida esa otra definición y reconocer los efectos extraterritoriales de la quiebra que ya fue definida en otro país.

En lo que respecta al concurso, el Código de Bustamante lo regula en el libro cuarto en los artículos 414 al 422, y adopta la visión de la extraterritorialidad. El Código establece la unidad de la quiebra, en la cual sólo podrá haber un procedimiento en el domicilio civil o mercantil del deudor. Así, los artículos 414 y 415 del Código de Bustamante mencionan lo siguiente:

“Artículo 414: Si el deudor concordatario concursado o quebrado no tiene más que un domicilio civil o mercantil, no puede haber más que un juicio de procedimientos preventivos de concurso o quiebra, o una suspensión de pagos o quita y espera, para todos sus bienes y todas sus obligaciones en los Estados contratantes”.

“Artículo 415: Si una misma persona o sociedad tuviere en más de un Estado contratante varios establecimientos mercantiles enteramente separados económicamente,

puede haber tantos juicios de procedimientos preventivos y de quiebra como establecimientos mercantiles”.

Por su parte, el artículo 416 señala que “la declaratoria de incapacidad del quebrado o concursado tiene en los Estados contratantes efectos extraterritoriales mediante el cumplimiento previo de las formalidades de registro o publicación que exija la legislación de cada uno de ellos”. Lo que señalan estos artículos es el principio de la unidad de la quiebra con su elemento correlativo de la extraterritorialidad. En efecto, tenemos que cuando exista una quiebra con elementos internacionales, sólo se podrá iniciar un procedimiento en un Estado y lo dictado en el procedimiento tendrá efectos en los demás Estados en donde tenga bienes el deudor.

El Código de Bustamante señala que los autos que se dicten en un Estado con respecto al procedimiento de quiebra, podrán ser ejecutados en los otros Estados contratantes de acuerdo a lo establecido por el mismo Código. Con respecto a los síndicos, se reconoce que sus facultades y funciones tendrán efectos extraterritoriales en los demás Estados contratantes.

A nivel europeo, existe el Reglamento No 1346/2000 del Consejo de la Unión Europea. El Consejo es una institución de la Unión Europea que está conformado por todos los países miembros y que dentro de sus facultades, que comparte con el Parlamento Europeo, se encuentran las funciones legislativas y presupuestarias.

El Reglamento 1346/2000 consta de 47 artículos agrupados en los siguientes capítulos: Capítulo I sobre disposiciones generales, capítulo II que trata del reconocimiento del procedimiento de insolvencia, el capítulo III se titula procedimientos secundarios de insolvencia, el capítulo IV es sobre información a los acreedores y presentación de sus créditos y el capítulo V se titula disposiciones transitorias y finales.

El Reglamento reconoce como uno de sus objetivos el de alcanzar una mayor eficacia y efectividad en los procedimientos de insolvencia con repercusiones transfronterizas, para de esta forma lograr un mejor funcionamiento del mercado interior.

El ámbito de aplicación del Reglamento de la Unión Europea, indica que será aplicable en los procedimientos de insolvencia, sin importar que el deudor recaiga en una persona física o jurídica, un comerciante o un particular. Se excluyen del ámbito de aplicación los procedimientos de insolvencia relativos a empresas de seguros, entidades de crédito, organismos de inversión que posean fondos o valores negociables de terceros y organismos de inversión colectiva.

Uno de los puntos interesantes del Reglamento del Consejo de Europa, es que se reconoce que en algunos casos, no resulta práctico un procedimiento único de insolvencia, por lo que se establecen dos vías: “por una parte, deberían aplicarse normas especiales de derecho aplicable para derechos de especial importancia y vínculos jurídicos (por ejemplo, derechos reales y contratos de trabajo); por otra parte, también deberían autorizarse, junto a un procedimiento principal de insolvencia con validez universal, procedimientos nacionales que abarque exclusivamente los bienes situados en el país en el que se incoa el

procedimiento”. Se reconoce que debe de existir una colaboración estrecha entre el procedimiento principal y los secundarios a fin de lograr una liquidación eficiente de la masa de insolvencia. En este contexto, a través del procedimiento principal se está siguiendo el principio de la universalidad mientras que en el procedimiento secundario se sigue lo establecido por el principio de la territorialidad³⁴. La conciliación de estos principios en un mismo reglamento es sin duda un acierto del Reglamento realizado por el Consejo de Europa.

No obstante el principio general que establece que la resolución de un procedimiento de insolvencia debe tener reconocimiento en los demás países, en el Reglamento se establece la posibilidad de que un Estado se niegue al reconocimiento de la apertura de un procedimiento de insolvencia. En este contexto, el artículo 26 del Reglamento sostiene lo siguiente:

“Todo Estado miembro podrá negarse a reconocer un procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado miembro o a ejecutar una resolución dictada en el marco de dicho procedimiento cuando dicho reconocimiento o dicha ejecución pueda producir efectos claramente contrarios al orden público de dicho Estado, en especial a sus principios fundamentales o a los derechos y a las libertades individuales garantizados por su Constitución”.

³⁴ Artículo 28 del Reglamento: “Salvo disposición en contrario del presente reglamento, la Ley aplicable al procedimiento secundario será la del Estado miembro en cuyo territorio se haya abierto el procedimiento secundario”

El objetivo del procedimiento principal será abarcar todos los bienes del deudor, por lo que el procedimiento tendrá un alcance universal. Ahora bien, además del procedimiento principal, el Reglamento permite realizar un procedimiento secundario, por lo que la cooperación entre los síndicos es muy importante. A este respecto, el artículo 31 del Reglamento señala que:

“Sin perjuicio de las normas que limitan la comunicación de información, el síndico del procedimiento principal y los síndicos de los procedimientos secundarios están obligados por un deber de información recíproca. Deberán comunicar sin demora toda información que pueda resultar útil para el otro procedimiento, en especial el estado de la presentación y verificación de los créditos y las medidas destinadas a poner término al procedimiento”.

Para determinar en qué Estado se realizará el procedimiento principal, el Reglamento señala que dependerá del lugar en el cual el deudor tenga su centro de intereses principales y será ahí donde se realice el procedimiento principal. Se entiende como centro principal de intereses, como el lugar donde el deudor lleva a cabo de manera habitual la administración de sus intereses. Es así que el artículo 3.1 del Reglamento señala que:

“Tendrán competencia para abrir el procedimiento de insolvencia los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor. Respecto de las sociedades y personas jurídicas, se presumirá que el centro de los intereses es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social”.

Los procedimientos secundarios se pueden incoar en cualquier Estado miembro en el cual el deudor tenga un establecimiento. El artículo 29 del Reglamento, señala el derecho a solicitar a incoación:

“Podrán solicitar la apertura de un procedimiento secundario:

a)El síndico del procedimiento principal,

b)cualquier otra persona o autoridad habilitada para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia con arreglo a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio se solicite la apertura del procedimiento secundario”.

Los bienes que abarca el procedimiento secundario son sólo los que se ubiquen en el Estado en donde se inició el procedimiento, que además deberá de estar en coordinación con el procedimiento principal. Se reconoce como objetivo en los procedimientos secundarios la protección de intereses locales, además de que en ocasiones puede ocurrir que los bienes del deudor tienen una complejidad que se vuelve difícil realizar una administración unitaria.

Con respecto a las medidas provisionales y cautelares, se establece que será el tribunal competente donde se haya iniciado el procedimiento principal el que esté facultado para realizarlas. Al respecto señala el artículo 38 que:

“Cuando el tribunal de un Estado miembro, competente en virtud del apartado 1 del artículo 3, nombrare a un síndico provisional con el fin de asegurar la conservación de los bienes del deudor, dicho síndico provisional estará habilitado para solicitar cualquier

medida de conservación o protección sobre los bienes del deudor situados en otro Estado miembro, prevista por la Ley de dicho Estado para el período comprendido entre la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la resolución de apertura”.

En cuando a las facultades del síndico, se encuentra aquella de suspender total o provisionalmente el procedimiento secundario. El artículo 33 del Reglamento señala lo siguiente al respecto:

“El tribunal que haya abierto el procedimiento secundario suspenderá total o parcialmente las operaciones de liquidación a petición del síndico del procedimiento principal, sin perjuicio de la facultad del tribunal de exigir en tal caso al síndico del procedimiento principal cualquier medida adecuada para garantizar los intereses de los acreedores del procedimiento secundario y de determinados grupos de acreedores. La petición del síndico del procedimiento principal únicamente podrá ser rechazada si, manifiestamente, no tiene interés para el procedimiento principal. Dicha suspensión de la liquidación podrá ser ordenada por un período máximo de tres meses. Podrá prolongarse o renovarse por períodos de la misma duración”.

El Banco Mundial, presentó en abril de 2001 los principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores. Los principios están diseñados para ser utilizados para guiar la reforma del sistema y como modelo en los países en desarrollo. El documento del Banco Mundial presenta 35 principios agrupados en cinco grandes temas que son: marco legal para los derechos de los acreedores, marco legal para la

insolvencia empresarial, características relativas a la reorganización empresarial, acuerdos y reestructuraciones empresariales informales e implementación de sistemas de insolvencia.

Los principios establecidos por el Banco Mundial son los siguientes:

Marco legal para los derechos de los acreedores.

Principio 1. Sistemas de ejecución compatibles.

Principio 2. Ejecución de créditos no garantizados.

Principio 3. Legislación referida a créditos garantizados.

Principio 4. Inscripción y registración de derechos de garantía.

Principio 5. Ejecución de derechos de garantía.

Marco legal para la insolvencia empresarial.

Principio 6. Principales objetivos y políticas.

Principio 7. Responsabilidad de directores y administradores sociales.

Principio 8. Liquidación y reorganización.

Principio 9. Apertura: Aplicabilidad y accesibilidad.

Principio 10. Apertura: Prórroga y suspensión de procesos.

Principio 11. Governance: administración societaria.

Principio 12. Governance: los acreedores y el comité de acreedores.

Principio 13. Administración: reunión, conservación y disposición de los bienes.

Principio 14. Administración: tratamiento de obligaciones contractuales

Principio 15. Administración: actos fraudulentos o de otorgamiento de preferencias.

Principio 16. Prelación entre pretensiones: tratamiento de los derechos y preferencias de los acreedores.

Características relativas a la reorganización empresarial.

Principio 17. Características directrices para la legislación sobre reorganización.

Principio 18. Administración: Estabilización y mantenimiento de las operaciones comerciales

Principio 19: Información: acceso y exposición.

Principio 20: Plan: formulación, consideración y votación.

Principio 21: Plan: aprobación del plan

Principio 22: Plan: Implementación y modificación.

Principio 23: Plan: efectos extintivos y vinculantes.

Principio 24: Consideraciones internacionales.

Acuerdos y reestructuraciones empresarias informales.

Principio 25: Marco legislativo propicio.

Principio 26: Procedimientos para acuerdos informales.

Implementación de sistemas de insolvencia (marco institucional y regulatorio)

Principio 27: Rol del tribunal

Principio 28: Estándares de desempeño del tribunal; calificación y entrenamiento de los jueces.

Principio 29: Organización tribunalicia.

Principio 30: Transparencia y responsabilidad.

Principio 31: Decisiones judiciales y su ejecución.

Principio 32: Integridad del tribunal.

Principio 33: Integridad de los participantes.

Principio 34: Rol de los entes reguladores o supervisores.

Principios 35: Profesionalidad e integridad de los administradores en la insolvencia.

3. Las asociaciones privadas o de profesionales.

En 1880, bajo los auspicios del gobierno italiano, se llevó a cabo el Congreso Jurídico de Turín, que fue una reunión principalmente de corte académico y que adoptó una resolución sobre la insolvencia. Entre los diversos temas debatidos en el congreso, “se acordó que si hay duda sobre el domicilio mercantil, debe darse la preferencia a aquel en que se encuentre también el civil, que es el de la residencia ordinaria, aunque no se tenga ahí el establecimiento principal de los negocios”³⁵.

Otros eventos de naturaleza académica fueron realizados bajo la batuta del Instituto de Derecho Internacional, que fue fundada en 1873 como una organización independiente y que no tenía vínculos gubernamentales. En la sesión del 30 de marzo de 1894, el Instituto recomendó un proyecto que favorece la unidad de la quiebra. En efecto, el artículo primero de la resolución del Instituto de Derecho Internacional establece que la declaración de quiebra pronunciada en un Estado deberá producir sus efectos en los otros Estados contratantes³⁶. En cuanto al lugar, la resolución de 1894 seguía con lo establecido por el Congreso Jurídico de Turín ya que se establecía que la autoridad competente para

³⁵ Zavala Francisco. *Derecho internacional privado*. (La Europea. México, 1903) P.199.

³⁶ La declaración de quiebra, intervenida en un Estado contratante, produce sus efectos sobre las condiciones que aquí se especifican sobre el territorio de los otros Estados contratantes. En el texto original: La déclaration de faillite, intervenue dans un des Etats contractants, produit ses effets sous les conditions ci-après déterminées sur le territoire des autres Etats contractants.

declarar la quiebra era el de aquel domicilio principal del deudor, o en su caso, su lugar de residencia. Así, el artículo segundo de la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 1894 señaló que:

“La autoridad competente para declarar la quiebra es que el lugar donde el deudor tenga su centro de actividad principal o, en defecto de sede, el lugar de su domicilio.

En cuanto a las sociedades mercantiles, se considerará como su domicilio, el lugar donde la compañía ha establecido su sede sin fraude de ley.

Sin embargo, la quiebra puede ser declarada por el tribunal en cuya jurisdicción se encuentra ubicada una simple sucursal o residencia, pero producirá efecto sólo en el país donde fue pronunciado.

*En caso de quiebra emitido en uno o más países y en los países de la sede del deudor, los tribunales del país de residencia o de sucursales se desistirán en favor del tribunal del país de la sede”.*³⁷

Otra resolución de relevancia con respecto a los procedimientos de quiebra internacionales, se presentó en el contexto de una asociación de abogados. En 1949, la VI Conferencia Interamericana de Abogados llamó a elaborar un proyecto de ley uniforme

³⁷ Texto original en francés:

L'autorité compétente pour déclarer la faillite est celle du lieu où le débiteur a le siège principal de ses affaires, ou, à défaut d'un tel siège, celle du lieu de son domicile.

En ce qui concerne les sociétés commerciales, on considérera comme leur domicile le lieu où la société a établi sans fraude son siège social légal.

Toutefois la faillite pourra être déclarée par le tribunal dans le ressort duquel est située une simple succursale ou résidence; mais elle ne produira d'effets que dans le pays où elle a été prononcée.

En cas de déclaration de faillite prononcée dans un ou plusieurs pays et dans le pays du siège principal des affaires du débiteur, les tribunaux du pays des succursales ou résidences seront dessaisis au profit du tribunal du pays du siège principal.

para resolver las diferencias de legislación en lo que respecta al tratamiento de los acreedores, y liquidación de los bienes, en los casos de quiebra que afecten acreedores domiciliados en distintos países, o que comprendan bienes ubicados en diferentes naciones.

Los puntos acordados fueron los siguientes:

“1 Que en la quiebra, inclusive el caso de juicios múltiples, no debe de hacerse discriminación entre los acreedores en razón de nacionalidad, domicilio o lugar de residencia;

2 Que en las quiebras, tratándose de créditos sin garantías ni privilegios, no deben hacerse diferencias en razón del lugar del contrato o del lugar de pago;

3 Designar una comisión nombrada por el Comité Ejecutivo a fin de que elabore un proyecto de ley uniforme que resuelva las diferencias de legislación en punto de tratamiento de los acreedores y liquidación de los bienes en los casos de quiebra que afecten a acreedores domiciliados o bienes situados en distintos países, dicho comité informará en la próxima Conferencia ”

Sin embargo, se consideró que dada la diversidad de visiones, un proyecto de ley uniforme no sería posible; por lo tanto, el informe se limitó a establecer ciertas reglas que se deberían seguir en caso de quiebras múltiples:

“(1) Todos los acreedores tienen el derecho de presentarse en las diversas quiebras.

(2) En la medida en que sea posible, en cada quiebra se repartirá el activo que le corresponda, de manera que todos los acreedores, doquiera que se hayan presentado, reciban el mismo dividendo total del conjunto de bienes del deudor.

A este efecto, los administradores de las diversas quiebras se informarán respecto del activo disponible y de los créditos que hayan sido presentados, para poder determinar el dividendo total que habrá de distribuirse, y formular un plan de pagos

(3) En cada quiebra, la adjudicación de los créditos se regirá por el derecho local, incluyendo sus reglas de derecho internacional privado.

En consecuencia, los problemas de prelación y de validez de privilegios se resolverán conforme al derecho local, que será también el que determine si es necesario presentar localmente los créditos, y si tal presentación debe realizarse individualmente, por los acreedores, o si el síndico extranjero puede hacerlo respecto de todos los créditos admitidos en su quiebra

(4) El principio de igualación se aplicará si en una quiebra se concede un dividendo a un acreedor que, posteriormente, reclama su parte en otra, es decir, el acreedor no participará en los repartos de esta quiebra, sino cuando los otros acreedores hayan recibido previamente un dividendo igual al que él ya obtuvo”

El documento de la Conferencia Interamericana de Abogados reconoce que los esfuerzos que se han realizado para lograr una administración única de la quiebra no han tenido mucho éxito, por lo que es común encontrarse con quiebras múltiples.

Las reglas establecidas en la VI Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados, señalan que es importante seguir el principio de cooperación activa y en la

medida de los posible incorporarlo al derecho positivo. La cooperación activa implica que en los diversos procedimientos se tenga con la información respecto al dividendo total que habrá de repartirse.

Las reglas reconocen la preminencia del derecho local, por lo que será el derecho interno de cada país el que deberá regir en la adjudicación de los créditos. Además, se reconoce también el principio de igualación en el cual un acreedor no participará en los repartos de otra quiebra si ya obtuvo uno en otra.

En el contexto norteamericano, es de destacar el trabajo realizado por el American Law Institute, que es una organización independiente con sede en los Estados Unidos que produce trabajos académicos con el objetivo de modernizar y mejorar la legislación existente. Actualmente la organización se compone aproximadamente de 4 mil personas entre abogados, jueces y académicos. Esta organización, publicó en el 2003 su trabajo titulado “Transnational insolvency: cooperation among the NAFTA countries”. Además, en el 2012 el American Law Institute publicó el “Global principles for cooperation in international insolvency cases”, que entre otras cosas incluye 37 principios globales para los casos de insolvencia internacional y 18 guías gobales para la comunicación tribunal a tribunal en casos de insolvencia internacional.

III. LEY MODELO UNCITRAL

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés) fue creada el 17 de diciembre de 1966 mediante una

resolución de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Es así como la resolución 2205 (XXI) señala que la Comisión “tendrá como objeto promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional”

Para la UNCITRAL, la armonización y unificación del derecho mercantil internacional tienen por objetivo el facilitar el comercio internacional. La UNCITRAL define a la armonización como “el proceso por el que pueden modificarse las leyes nacionales para aumentar la previsibilidad de las operaciones comerciales transfronterizas”³⁸. Por su parte, se define a la unificación como “la aprobación por los Estados de normas jurídicas comunes aplicables a determinados aspectos de las operaciones comerciales internacionales”³⁹. En el marco de los trabajos de UNCITRAL, existieron una serie de foros, seminarios, y trabajos preparatorios (1) que es necesario analizar ya que desembocaron en la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza (2).

1. Antecedentes de la Ley Modelo.

Se puede establecer que el camino que condujo hasta la adopción de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre la insolvencia transfronteriza se inició XXXX COMISIONES, TRABAJOS PRELIMINARES Y GRUPO DE TRABAJO V.

En 1992, dentro de los trabajos del 25° periodo de sesiones de la UNICTRAL se llevó a cabo el Congreso sobre derecho mercantil internacional y se formularon las primeras propuestas para que la Comisión estudiara sobre los aspectos internacionales de la

³⁸ http://www.uncitral.org/uncitral/es/about/origin_faq.html

³⁹ http://www.uncitral.org/uncitral/es/about/origin_faq.html

quiebra. En este primer momento, se consideró que buscar la unificación de derecho de quiebra no iba a resultar práctico. Dentro de las conclusiones del Congreso, se destaca el reconocimiento a que la falta de armonización de las normas relativas a la insolvencia transfronteriza representaba un obstáculo para el comercio internacional. Se reconoció también que muchos tribunales tienden a proteger a los acreedores de sus países, por lo que se puede ver limitado el reconocimiento de los procedimientos de insolvencia extranjeros y favorecer a los acreedores locales. Se discutió también la conveniencia de una red armonizada de normas legislativas, con el objetivo de darle eficacia extraterritorial al procedimiento de quiebra. Finalmente, se defiende una visión territorialista al sostener que “Se ha dicho que seguirá siendo inaceptable que los intereses y expectativas suscitadas conforme a la ley local puedan sucumbir ante los efectos de un procedimiento de insolvencia que se desarrolle en otra parte.”

En el 26° periodo de sesiones de la UNCITRAL realizado en julio de 1993 se analizó si era conveniente realizar un estudio a fondo sobre la conveniencia y viabilidad de normas armonizadas en el tema de la insolvencia transfronteriza. Aquí lo que se observa es un cambio con respecto a la opinión que se tenía anteriormente. En efecto, mientras que en 1992 se decía que no resultaba práctico buscar la unificación del derecho de quiebra de los Estados, ahora se reconocía la necesidad de realizar un estudio a fondo.

La UNCITRAL, en su 26° periodo examinó los problemas que pueden derivar de la falta de armonía entre las leyes nacionales relacionadas a los procedimientos de insolvencia, los problemas se relacionan con: el efecto del procedimiento de liquidación en un Estado sobre los activos situados en otro, la asistencia judicial transfronteriza, el derecho

de todos los acreedores a participar en el procedimiento de insolvencia, normas de prelación en la distribución de los activos, composiciones transfronterizas, reconocimiento de las garantías reales e impugnación de las operaciones del deudor en perjuicio de los acreedores.

El procedimiento de liquidación ha adoptado diversas formas dependiendo la legislación de cada país. Hay leyes que establecen que los efectos de la liquidación domiciliaria sólo involucran a los bienes situados en el país en donde se inició el procedimiento. Por otra parte hay Estados que apoyan la eficacia universal de su procedimiento de liquidación y reconocen lo mismo para los procedimientos iniciados en el extranjero. En este contexto, existe también la situación con respecto a la manera en que se llevará a cabo el reconocimiento, que puede variar de acuerdo a la jurisdicción.

Otro de los problemas analizados en el 26º periodo de sesiones de la UNCITRAL se refiere a la asistencia judicial transfronteriza. La asistencia que se podría prestar se refiere a “entregar a un administrador de la quiebra extranjero activos pertenecientes al deudor insolvente; publicar procedimientos de insolvencia extranjeros; suspender las medidas judiciales de un acreedor contra el deudor que, contrariamente al principio de igualdad entre los acreedores disminuyesen los activos del quebrado; otorgar medidas de protección de los activos del deudor; detener el intento de un acreedor de crear o ejecutar garantías reales sobre los bienes de un deudor; impugnar las transferencias preferenciales de bienes o las transferencias presuntamente fraudulentas; abrir procedimientos de insolvencia auxiliares en el plano local; o permitir al administrador que actúe en nombre de acreedores extranjeros”.

Otra problemática que se presenta es el derecho de todos los acreedores a participar en el procedimiento de insolvencia. La no discriminación entre los acreedores es aplicada en algunos países únicamente a los créditos pagaderos en el Estado en donde el procedimiento de insolvencia se lleva a cabo.

Con respecto a las normas de prelación en la distribución de los activos, en el 26° periodo de sesiones de la UNCITRAL se estableció que los créditos privilegiados y la forma en que se tratan varían en gran forma dependiendo del país. En algunas jurisdicciones se privilegian las costas del procedimiento de liquidación y los honorarios del administrador de la quiebra. Después regularmente se privilegian algunos créditos fiscales y créditos por los sueldos y salarios de los empleados del quebrado.

En lo que concierne a las composiciones transfronterizas, el punto importante es “saber si las condiciones de alivio convenidas en un Estado pueden ser invocadas por el deudor contra un acreedor en las actuaciones judiciales que se desarrollan en otro Estado”. Hay quienes establecen que los convenios de acreedores son acuerdos procesales y sólo tienen efectos en el país de origen. Sin embargo, otro punto de vista señala que deben de ser reconocidos en tanto son deudas regidas por la ley del Estado donde el acuerdo se celebró.

Las normas que se aplican a las garantías reales presentan divergencias que se refieren a los tipos de garantía real reconocidos en los derechos nacionales, las formalidades para crear una garantía real, los procedimientos para hacerla valer y las normas de prelación para los casos en que un acreedor tenga una garantía real sobre la misma cosa.

El 27° periodo de sesiones de la UNCITRAL se llevó a cabo del 31 de mayo al 17 de junio de 1994 y entre otros temas, se discutió la insolvencia transfronteriza. En el marco preparativo de este periodo de sesiones, se llevó a cabo un primer Coloquio sobre insolvencia transfronteriza en Viena del 17 al 19 de abril de 1994. El Coloquio tuvo el objetivo de “proporcionar un foro para el dialogo entre especialistas en caso 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”.

En este primer Coloquio, se inició el análisis señalando que la expansión económica multinacional iba a ocasionar un aumento de las insolvencias transfronterizas. Por lo anterior, cada vez se hacía mayor la necesidad de contar con un marco jurídico uniforme para los Estados. Una de las conclusiones a las que se llegaron es el reconocimiento al interés creciente para emprender un proyecto relativo a la insolvencia transfronteriza. Además, se estableció que existen algunos subsectores en la insolvencia transfronteriza, en donde sería viable y provechoso un proyecto de unificación. Sin embargo, el régimen sustantivo interno e la insolvencia se consideraba como un tema no viable para un proyecto de unificación legal.

Para el Coloquio realizado en Viena, el tema de la cooperación judicial puede ser aprovechado para estrechar los lazos entre los Estados y dirigir el camino hacia una armonización en la legislación. Se llamó a seguir analizando este tema de la cooperación judicial en un nuevo Coloquio a realizarse en la ciudad de Toronto.

Otro subsector de interés, aparte de la cooperación judicial, es el del acceso y reconocimiento, definidos 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. Con respecto a este tema, el Coloquio de Viena analizó la posibilidad de formular un régimen uniforme en materia de acceso y reconocimiento.

Aunque no se estableció formalmente como conclusión, en el Coloquio de Viena se empezó a esbozar la posibilidad de que la UNCITRAL formulara un régimen legal modelo para la insolvencia.

Un evento importante en la gestación de la Ley Modelo de UNCITRAL se presentó en Toronto Canadá el 22 de marzo de 1995. En esa fecha se llevó a cabo el Coloquio Judicial relativo a la insolvencia transfronteriza organizado por la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y la Asociación Internacional de profesionales encargados de la insolvencia (INSOL). Los temas tratados abarcaron la cooperación judicial en casos de insolvencia transfronteriza y el reconocimiento de actuaciones judiciales sobre insolvencia en el extranjero. El Coloquio logró recabar la opinión y la información de más de sesenta jueces y funcionarios de gobierno de treinta y seis Estados.

El informe que se debatió en el Coloquio de Toronto, establecía una serie de conclusiones y recomendaciones provisionales, que son las siguientes:

“i) Debería alentarse a los Estados a que promulgaran en su legislación algunas reglas básicas aplicables a los casos de insolvencia transfronteriza:

ii) Normalmente, el reconocimiento debería efectuarse expeditamente una vez establecidos los elementos básicos del comienzo de una actuación judicial válida de insolvencia, del control de los negocios y activos del deudor, de la presencia en la jurisdicción extranjera de intereses comerciales o activos del deudor o de personas o información que tuviesen que ver con los negocios y activos del deudor;

iii) Las reglas sobre el reconocimiento y sus efectos deberían fomentar la previsibilidad;

iv) Las solicitudes de reconocimiento y ejecución deberían cursarse por conductos judiciales

v) No deberá considerarse que el solicitante de reconocimiento se ha sometido plenamente a la jurisdicción del país extranjero al comparecer en relación con la insolvencia

vi) Tras el reconocimiento, debería prestarse la cooperación y la asistencia en la medida en que no sea incompatible con la legislación del país extranjero, dándose al tribunal competente la facultad discrecional para prestar esa asistencia según proceda en las circunstancias del caso”.

Como parte de las conclusiones del Coloquio, se manifestó una necesidad de urgencia para ocuparse de la insolvencia transfronteriza debido a que cada vez eran más recurrentes los casos. Se concluyó la necesidad de que UNCITRAL elaborara una ley modelo sobre la materia.

En el 28° periodo de sesiones de la UNCITRAL llevada a cabo del 2 al 26 de mayo de 1995, se presentó el informe sobre el Coloquio Jurídico CNUDMI-INSOL relativo a la insolvencia transfronteriza, y trató además, la conveniencia de crear un grupo de trabajo para “examinar las propuestas formuladas sobre la posible forma y contenido de la labor de la Comisión (por ejemplo, disposiciones legales modelo con un “menú de opciones” para los legisladores, que podría inspirarse en los distintos enfoques adoptados en la legislación existente sobre cooperación judicial, acceso y reconocimiento;)”. Una de las conclusiones del periodo de sesiones de UNCITRAL, fue la cada vez mayor creciente frecuencia de la insolvencia transfronteriza lo que ponía de manifiesto la necesidad de ocuparse de los problemas que suscitaba las quiebras internacionales.

Otro aspecto importante de las conclusiones del 28° periodo de sesiones de la UNCITRAL, fue la recomendación para establecer un Grupo de Trabajo cuyas labores serían el examen detallado de las opiniones e información presentadas en el Coloquio Judicial. Existían dos temas básicos sobre los cuales se debería de profundizar el estudio, a saber: el acceso y el reconocimiento de un representante extranjero de un caso de insolvencia y la determinación del grado de cooperación que se prestará en un determinado caso.

A raíz de la recomendación realizada en el 28° periodo de sesiones de la UNCITRAL, en diciembre de 1995 se presentó el informe del grupo de trabajo sobre el régimen de la insolvencia acerca de la labor de su 18° periodo de sesiones. Los temas estudiados por el grupo de trabajo involucraban la cooperación judicial y el acceso a los

tribunales y el reconocimiento de las actuaciones en los casos de insolvencia transfronteriza.

El Grupo de Trabajo comenzó sus labores examinando algunas definiciones que se habían establecido en el anteproyecto. Las definiciones propuestas eran las siguientes:

Proceso extranjero: Por proceso extranjero se entenderá todo proceso judicial o administrativo incoado en un país extranjero para la liquidación de los activos de un deudor con miras a su distribución entre sus acreedores o para concordar las obligaciones de un deudor con sus acreedores.

Representante extranjero: Por representante extranjero se entenderá el síndico, administrador u otro representante de una masa patrimonial debidamente nombrado en un proceso extranjero que esté [expresamente] autorizado por ley o por alguna resolución de un tribunal (órgano administrativo) para actuar en relación a un proceso extranjero que afecte al deudor o sus activos.

Cooperación judicial: 1) Cuando se hayan abierto sendos procesos colectivos de insolvencia ante un tribunal de este país y ante un tribunal de otro país, ambos tribunales estarán facultados para cooperar con el otro tribunal a los efectos de lograr una eficiente administración de los activos y las deudas u obligaciones del deudor.

2) El administrador cumplirá toda orden del tribunal que tenga por objeto asegurar la cooperación prevista en el párrafo anterior.

3) La cooperación entre [tribunales] estará sujeta:

a) a los requisitos procesales del tribunal;

b) al amparo debido a los acreedores locales contra todo perjuicio o inconveniente no justificado;

c) a los principios de orden público.

Prueba que ha de darse de un proceso extranjero: 1) La existencia de un proceso extranjero se probará mediante una copia certificada conforme de los documentos probatorios de la apertura del proceso.

2) El nombramiento de un representante extranjero se probará mediante una copia certificada conforme de la orden o decisión de nombramiento o mediante otra prueba satisfactoria para el tribunal.

3) Podrá requerirse una traducción a un idioma oficial del país en el que se esté tramitando el proceso local.

4) Se presumirá que un proceso extranjero ha sido válidamente incoado en la jurisdicción extranjera, salvo que se pruebe que no existía una conexión sustancial entre el deudor y esa jurisdicción.

El Grupo de Trabajo continuó haciendo su labor en su 19º periodo de sesiones llevado a cabo en 1996 en la ciudad de Nueva York. Es aquí donde se presenta un proyecto de artículos que se nutrió de los debates y análisis realizados con anterioridad. El proyecto tomó la forma de una disposición modelo para un régimen legal, sin embargo, aún no se descartaba hacer una modificación para que el texto tomara la forma de una convención. Como parte de las labores futuras que se realizarían, se solicitó una revisión del proyecto de artículos y realizar una guía para la promulgación del modelo de disposiciones.

En el informe del Grupo de Trabajo sobre el régimen de la insolvencia acerca de la labor realizada en su 20° periodo de sesiones realizado en octubre de 1996, se examinaron los artículos revisados del proyecto de UNCITRAL de disposiciones legales modelo para la insolvencia transfronteriza. Se esperaba que los legisladores nacionales tuvieran en cuenta las disposiciones modelo al revisar su marco legal en materia de insolvencia transfronteriza. Por otra parte, se siguió analizando la posibilidad de realizar una convención en lugar de disposiciones modelo. Sin embargo, se tomó en cuenta que una ley modelo permitía mayor flexibilidad debido a que los legisladores nacionales podrían hacer modificaciones sustanciales al texto, pero no se descartó la posibilidad de establecer una convención sobre cooperación judicial en materia de insolvencia transfronteriza si posteriormente así lo decidía la UNCITRAL.

En su 21° periodo de sesiones realizado en enero de 1997, el Grupo de Trabajo presentó su informe con las actividades realizadas. Se informó al respecto de una nueva revisión del proyecto de disposiciones legales sobre insolvencia transfronteriza así como el examen de los principios relativos a las posibles disposiciones nuevas sobre procedimientos concurrentes.

El proyecto de artículos de la ley modelo se negoció de manera definitiva en el 30° periodo de sesiones de la UNCITRAL que se realizó del 12 al 30 de mayo de 1997 en Viena. El proyecto fue aprobado por consenso.

Finalmente, el 30 de enero de 1998 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la resolución 52/158 sobre la Ley Modelo de la Comisión de las

Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la insolvencia transfronteriza. En la resolución, la Asamblea General recomendó “que todos los Estados examinen su legislación sobre los aspectos transfronterizos de la insolvencia a fin de determinar si está en consonancia con los objetivos de un régimen eficiente y moderno sobre insolvencia y que, en ese examen, consideren con un criterio favorable la Ley Modelo, habida cuenta de la necesidad de que haya un derecho internacionalmente armonizado que rijan los casos de insolvencia transfronteriza”.

2. Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza.

La ley modelo consta de 32 artículos agrupados en cinco capítulos que son los siguientes: El capítulo primero se titula disposiciones generales; el capítulo segundo es sobre el acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del Estado; el capítulo tercero lleva por nombre reconocimiento de un procedimiento extranjero y medidas otorgables, el cuarto capítulo es sobre cooperación con tribunales y representantes extranjeros; y finalmente el capítulo cinco se titula procedimientos paralelos.

La ley modelo tiene los siguientes objetivos:

- La cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes de este Estado y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza;
- Una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones;

- Una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluido el deudor;

- La protección de los bienes del deudor, y la optimización de su valor, así como

- Facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo.

En lo general, la ley modelo busca que los Estados tengan en su estructura legal una normativa moderna, equitativa y armonizada.

Con respecto al ámbito de aplicación, en la ley modelo se establece que será aplicable cuando se solicite asistencia al tribunal extranjero o viceversa; además, será aplicable cuando exista de manera simultánea un procedimiento extranjero y uno nacional sobre el mismo deudor y también será aplicable cuando los acreedores en un Estado extranjero tengan interés en solicitar la apertura de un procedimiento. La ley modelo deja abierto para que cada Estado establezca los procedimientos especiales a los cuales no se les aplicará la presente ley, como por ejemplo los regímenes especiales de insolvencia, sociedades bancarias y de seguros, etc.

La ley modelo define los siguientes conceptos en el artículo segundo:

- *Por "procedimiento extranjero" se entenderá el procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo incluido el de índole provisional, que se siga en un Estado extranjero con arreglo a una ley relativa a la insolvencia y en virtud del cual los bienes y negocios del deudor queden sujetos al control o a la supervisión del tribunal extranjero, a los efectos de su reorganización o liquidación;*

- *Por "procedimiento extranjero principal" se entenderá el procedimiento extranjero que se siga en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses;*

- *Por "procedimiento extranjero no principal" se entenderá un procedimiento extranjero, que no sea un procedimiento extranjero principal, que se siga en un Estado donde el deudor tenga un establecimiento en el sentido del inciso f) del presente artículo;*

- *Por "representante extranjero" se entenderá la persona o el órgano, incluso el designado a título provisional, que haya sido facultado en un procedimiento extranjero para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del deudor o para actuar como representante del procedimiento extranjero;*

- *Por "tribunal extranjero" se entenderá la autoridad judicial o de otra índole que sea competente a los efectos del control o la supervisión de un procedimiento extranjero;*

- *Por "establecimiento" se entenderá todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios.*

Los conceptos utilizados por la ley modelo en lo que respecta a su nomenclatura se han visto limitados. En efecto, se buscaron términos propios del contexto transfronterizo para que se adecuaran de una mejor forma al derecho interno. Incluso, en algunas ocasiones se deja abierto y sólo se agrega una descripción en cursiva para que sean los redactores del derecho interno quienes elijan el término que proceda bajo el derecho nacional.

El artículo tercero de la ley modelo señala que “en caso de conflicto entre la presente ley y una obligación de este Estado nacida de un tratado u otra forma de acuerdo en el que este Estado sea parte con uno o más Estados, prevalecerán las disposiciones de ese tratado o acuerdo”. Este precepto va de conformidad con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados que en su artículo 27 menciona que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, todo esto que configura el principio de derecho internacional de supremacía de las obligaciones internacionales del Estado.

El reconocimiento, y en general toda medida en favor de un procedimiento extranjero, puede ser limitada o incluso excluida por razones de orden público. Lo anterior con fundamento en el artículo 6 de la ley modelo que señala que “Nada de lo dispuesto en la presente Ley impedirá que el tribunal se niegue a adoptar una medida en ella regulada, de ser esa medida manifiestamente contraria al orden público de este Estado”. En este contexto, cabe señalar que no existe una definición universal que pueda englobar el concepto de orden público; por el contrario, la noción de orden público puede variar de un país a otro. Es así que la ley modelo deja abierto a la interpretación la noción de orden público para que sea la normativa nacional la que lo defina. Las limitaciones por cuestiones

de orden público deberán ser interpretadas de manera restrictiva, de ahí también que se haya agregado la palabra manifiestamente a la redacción del artículo.

La interpretación de la ley no está dada en términos del derecho local, sino tal y como lo establece el artículo 8 de la ley modelo, en la interpretación se deberá tener en cuenta el origen internacional de la ley así como la necesidad de promover la uniformidad y la observancia de la buena fe.

El principio de acceso directo del representante extranjero a los tribunales nacionales, está establecido en el artículo 9 de la ley modelo. Por su parte. El artículo 10 establece una salvaguardia para acotar los efectos de una solicitud de reconocimiento de procedimiento extranjero. En este contexto, el artículo 10 de la ley modelo a la letra establece que:

“Artículo 10.- Jurisdicción limitada

El solo hecho de la presentación de una solicitud, con arreglo a la presente Ley, ante un tribunal del Estado por un representante extranjero no supone la sumisión de éste ni de los bienes y negocios del deudor en el extranjero, a la jurisdicción de los tribunales del Estado para efecto alguno que sea distinto de la solicitud”.

En sus artículos 11 y 12, la ley modelo establece que existe una legitimación procesal para que el representante extranjero pueda iniciar un procedimiento de insolvencia en el Estado promulgante y también para participar en esos procedimientos. Para iniciar un

procedimiento como representante extranjero, se estará a lo dispuesto en el derecho doméstico.

“Artículo 11. Solicitud del representante extranjero de que se abra un procedimiento con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]

Todo representante extranjero estará facultado para solicitar la apertura de un procedimiento con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] si por lo demás se cumplen las condiciones para la apertura de ese procedimiento”.

“Artículo 12. Participación de un representante extranjero en un procedimiento abierto con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia].

A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero estará facultado para participar en todo procedimiento que se haya abierto respecto del deudor con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]”.

La ley reconoce en su artículo 13 que tanto los acreedores extranjeros como los nacionales gozarán de los mismos derechos respecto de la apertura de un procedimiento y su participación en él. Lo anterior sin afectar el orden de prelación de los créditos.

La ley modelo establece que se deberá de notificar del procedimiento a los acreedores conocidos que residan en el extranjero. Se señala además, ciertos requisitos que

deberá seguir la notificación, que son los siguientes: Señalar un plazo razonable para la presentación de los créditos e indicar el lugar en el que se haya de efectuar esa presentación; indicar si los acreedores con créditos garantizados necesitan presentar esos créditos y contener cualquier otra información requerida para esa notificación conforme a las leyes de este Estado y a las resoluciones del tribunal.

Los representantes extranjeros, y en general toda persona que administra un procedimiento de insolvencia extranjero, debe tener acceso al procedimiento. Lo anterior, de acuerdo al principio de acceso directo del representante extranjero reconocido en la ley modelo.

Las vías diplomáticas o consulares, como la carta o la comisión rogatoria se han reconocido como obstáculos para la celeridad del proceso. Es así que la ley modelo explora otras formas más ágiles para adoptar un enfoque cooperativo y coordinado en el objetivo de hacer más práctico y ágil el procedimiento.

Para solicitar el reconocimiento de un procedimiento extranjero, el artículo 15 de la ley modelo señala que se deberá de acompañar a la solicitud lo siguiente:

- Una copia certificada conforme de la resolución por la que se declare abierto el procedimiento extranjero y se nombre el representante extranjero; o
- Un certificado expedido por el tribunal extranjero en el que se acredite la existencia del procedimiento extranjero y el nombramiento del representante extranjero; o

- En ausencia de una prueba conforme a lo anterior, acompañada de cualquier otra prueba admisible por el tribunal de la existencia del procedimiento extranjero y del nombramiento del representante extranjero.

El reconocimiento del procedimiento extranjero se podrá realizar de dos formas, a saber: como procedimiento extranjero principal o como procedimiento extranjero no principal. Será principal si se está tramitando en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses y será no principal si el deudor tiene en el territorio del Estado del foro extranjero un establecimiento en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios.

Las medidas provisionales que se podrán establecer ante la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero son las siguientes:

- Paralizar toda medida de ejecución contra los bienes del deudor;
- Encomendar al representante extranjero, o a alguna otra persona designada por el tribunal, la administración o la realización de todos o de parte de los bienes del deudor que se encuentren en el territorio de este Estado, para proteger y preservar el valor de aquellos que, por su naturaleza o por circunstancias concurrentes, sean perecederos, susceptibles de devaluación, o estén amenazados por cualquier otra causa;
- Suspender el ejercicio del derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de esos bienes de algún otro modo

- Disponer el examen de testigos, la presentación de pruebas o el suministro de información respecto de los bienes, negocios, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor
- Conceder cualquier otra medida que conforme a la legislación del Estado sea otorgable.

Una vez que se haya otorgado el reconocimiento al representante de un procedimiento extranjero, una medida que se podrá tomar es paralizar cualquier acción del acreedor individual contra el deudor o de las medidas de ejecución sobre los bienes del deudor. Lo anterior de conformidad con el primer párrafo del artículo 20 de la ley modelo que a la letra establece lo siguiente:

“Artículo 20. Efectos del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal

1. A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero que sea un procedimiento principal:

a) Se paralizará la iniciación o la continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor;

b) Se paralizará asimismo toda medida de ejecución contra los bienes del deudor;

y

c) Se suspenderá todo derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de algún otro modo de esos bienes”.

En el artículo 21 de la ley modelo, faculta a tribunal para establecer ciertas medidas de naturaleza discrecional en los procedimientos extranjeros independientemente de si se trate de procedimientos principales o no. Las medidas referidas en el artículo

mencionado y que se podrán aplicar a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero son:

- Paralizar la iniciación o la continuación de acciones o procedimientos individuales relativos a los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor, en cuanto no se hayan paralizado con arreglo al inciso a) del párrafo 1 del artículo 20;
- Paralizar asimismo toda medida de ejecución contra los bienes del deudor, en cuanto no se haya paralizado con arreglo al inciso b) del párrafo 1 del artículo 20

El artículo 25 de la ley modelo establece la comunicación entre los tribunales nacionales y los extranjeros. Existe la facultad para que los tribunales nacionales se pongan en comunicación directa con los tribunales o representantes extranjeros con el objetivo de recabar información o asistencia directa.

En lo general, la ley modelo ofrece una flexibilidad de las visiones de derecho nacional sobre la insolvencia. Lo que conduce al establecimiento de reglas de cooperación y coordinación para las actuaciones en materia de insolvencia.

La cooperación entre los tribunales se puede presentar por cualquier medio apropiado, incluyendo los establecidos en el artículo 27 de la ley modelo:

- El nombramiento de una persona o de un órgano para que actúe bajo dirección del tribunal;

- La comunicación de información por cualquier medio que el tribunal considere oportuno;
- La coordinación de la administración y la supervisión de los bienes y negocios del deudor;
- La aprobación o la aplicación por los tribunales de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos;
- La coordinación de los procedimientos que se están siguiendo simultáneamente respecto de un mismo deudor.

La ley modelo establece que en dado caso de que se reconozca un procedimiento extranjero, esto no es impedimento para que los acreedores locales inicien o continúen un procedimiento local colectivo de insolvencia. Lo anterior de conformidad con el artículo 28 que a la letra señala lo siguiente:

“Artículo 28. Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, sólo se podrá iniciar un procedimiento con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] cuando el deudor tenga bienes en este Estado y los efectos de este procedimiento se limitarán a los bienes del deudor que se encuentren en este Estado y, en la medida requerida para la puesta en práctica de la cooperación y coordinación previstas en los artículos 25, 26 y 27, a otros bienes del deudor que, con arreglo al derecho interno de este Estado, deban ser administrados en este procedimiento”.

En otros temas de cooperación y comunicación entre tribunales, otro de los efectos que ocasiona el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, es que salvo prueba en contrario, se constituye prueba válida de que el deudor es insolvente a los efectos de la apertura de un procedimiento con respecto a la norma de derecho interno. Lo anterior, de conformidad con el artículo 31 de la ley modelo. Existen algunos sistemas normativos de derecho nacional que exigen que se pruebe la insolvencia deudor antes de comenzar un procedimiento de insolvencia, por lo que en ésta hipótesis radica la importancia del artículo 31 de la ley modelo.

IV. COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN LA LEY MEXICANA

La construcción normativa de un país no nace de manera abstracta sino que obedece a varios factores que incluyen la visión política dominante en un momento determinado. En este contexto, no es casualidad que durante gran parte del siglo XX la legislación mexicana haya tenido una visión de tipo nacionalista y a finales del siglo, con la llegada al poder de la ideología neoliberal en México, se modificó gran parte de la legislación para adecuarla al contexto de apertura económica que se vivía en el panorama internacional. Estos factores anteriormente descritos, también se presentan en el desarrollo que tuvo en nuestro país la regulación de los aspectos internacionales de los procedimientos de quiebra. Así, es importante conocer los antecedentes normativos que existieron en México (1) para en un segundo paso, analizar las modificaciones que desembocaron en la Ley de Concursos Mercantiles (2).

1. Antecedentes normativos.

Uno de los antecedentes de la legislación comercial que fuera utilizada en el territorio que después se convertiría en el Estado mexicano, fueron las ordenanzas de Bilbao de 1,737. Este documento reunía los usos comerciales vigentes y en su capítulo diecisiete regulaba la materia de la quiebra.

El capítulo diecisiete de las ordenanzas de Bilbao se denomina “de los atrasados, fallidos, quebrados o alzados; sus clases, y modos de procederse en sus quiebras” El numeral uno de las mencionadas ordenanzas comenzaba a establecer lo siguiente:

“Respecto de que por la desgracia de los tiempos, e infelicidad, o malicia de algunos negociantes, se experimentan muchos atrasos, falencias o, quiebras en su crédito, y comercios, no pudiendo, o no queriendo cumplir con los pagamentos de su cargo, unos ausentándose , y otros refugiándose en las Iglesias, sin dejar de manifiesto sus libros, papeles y cuentas con la debida claridad, de que resultan notorios daños a otros negociantes, y demás personas acreedoras, por cuyos motivos se forman disensiones, y pleitos largos y costosos, sin poder justificar los procedimientos de los tales fallidos, ni la naturaleza de sus quiebras en común, y conocido perjuicio de la causa pública de este comercio: Para cuyo remedio, y que se proceda en semejantes casos con la mayor claridad, y brevedad en la administración de justicia, y que se camine en sus determinaciones con la justificación posible, y sin confusión; se previene, que los atrasados, quebrados, o fallidos en su crédito, se deberán dividir en tres clases, o géneros,

de que pueden resultar inocentes, y culpados, leve, o gravemente, según sus procedimientos, o delitos.”

De acuerdo a lo establecido inicialmente por las Ordenanzas de Bilbao, las personas que incumplen con la obligación de pago podrán ser inocentes, lo que significa que sólo tuvieron un atraso en el cumplimiento de la obligación; los que tienen culpa leve, que son aquéllos que se vieron involucrados en un caso de fuerza mayor; y finalmente los que tienen culpa grave, que son aquellos que realizan fraude o gastan de manera imprudente.

Las Ordenanzas de Bilbao son omisas en señalar la hipótesis de los elementos internacionales de un procedimiento de quiebra, sin embargo, por vía de interpretación se podía llegar a aplicar esta cuestión de acuerdo a lo que se establece en el numeral V del capítulo 17 que a la letra dice:

“Cualquier comerciante que considerare hallarse precisado a dar punto a sus negocios, estará obligado a formar antes un extracto, o memoria puntual de todas sus dependencias, donde con individualidad exprese sus deudas, y haberes, mercaderías existentes, y alhajas, y demás bienes que le pertenezcan, citando los libros con sus folios, y números debidos; y entregarle por sí, o por otra persona en manos del prior, y cónsules”

Se reconoce como una de las primeras disposiciones legislativas sobre el tema de la insolvencia en el México independiente, a la Ley sobre Bancarrotas de 31 de mayo de

1853, siendo presidente Antonio López de Santa Anna. Esta ley, contiene 148 artículos agrupados en once secciones.

En su artículo primero, la ley de 1853 comienza estableciendo que “todo comerciante que suspende el pago de sus obligaciones comerciales, líquidas y cumplidas, está en estado de quiebra”. En este contexto, la misma ley define el término de comerciante señalando que son aquéllas personas que hacen del comercio “su ocupación habitual y ordinaria”

En el artículo 8 se establecía la obligación del fallido de manifestar su quiebra ante el juez dentro de los tres días siguientes en el que hubiere cesado en el pago de sus obligaciones. En caso de que no se hiciera esta manifestación voluntaria del fallido, el tribunal podía tomar conocimiento de la quiebra a instancia de un acreedor o de oficio a través de la notoriedad pública. Lo anterior, de conformidad a lo que establecía el artículo 14 de la Ley sobre Bancarrotas.

La competencia del juez está regulada por el artículo 9 de la Ley sobre Bancarrotas, mismo que señala que: “Si el fallido tuviere muchos establecimientos de comercio, el juez del domicilio es el del lugar en que se encuentre el asiento principal de sus negocios. En caso de quiebra de una sociedad, el juez del domicilio es el del lugar en que la sociedad tiene su principal establecimiento”.

En lo que respecta a las notificaciones, el artículo 47 de la ley de 1853 es omisa en considerar la posible existencia de elementos extranjeros que pudiera ocasionar una

modificación legislativa. De esta manera, el referido artículo 47 de la Ley sobre Bancarrotas señala a la letra lo siguiente:

“Artículo 47: En los diez días siguientes al secuestro, el tribunal mandará a que sean notificados por notificaciones especiales, todos los acreedores conocidos, y además se fijarán para desconocidos, edictos y publicarán avisos en los periódicos señalando un término que no exceda de 30 días, dentro del cual deberán los acreedores presentar a los síndicos los títulos justificativos de sus créditos, para que pueda celebrarse la junta de exámen y reconocimiento de ellos”.

Ahora bien, el punto anterior queda resuelto con lo que se establece en los artículos 68 y 69, en donde se reconoce la posible existencia de acreedores extranjeros. Las hipótesis establecidas por la ley de 1853 eran del siguiente tenor: para acreedores que vivan a más de cien leguas, tendrán sesenta días para presentar su documento. Para los extranjeros el plazo otorgado era de seis meses.

“Artículo 68: Los acreedores residentes en lugares que disten más de cien leguas de aquel en que se declarase la quiebra, gozarán del término de sesenta días para presentar sus documentos. Los que residan en cualquier punto fuera de la República, tendrán para el mismo efecto el plazo de seis meses”.

“Artículo 69: Para el examen de los títulos de los acreedores que gocen de los plazos designados en el artículo anterior, se celebrarán a su presentación las juntas que fuesen necesarias para el reconocimiento de sus créditos”.

Un punto interesante era el contenido en el artículo 85 de la Ley sobre Bancarrotas de 1853. En efecto, el referido artículo establecía que el convenio iba a ser obligatorio para todos los acreedores, incluyendo a quienes se hallen fuera del territorio de la República.

“Artículo 85: Aprobado el convenio, será obligatorio para todos los acreedores, ya sean reconocidos o no reconocidos, presentes o ausentes, y aun para los que se hallen fuera del territorio de la República. Los síndicos procederán desde luego a hacer entrega al fallido, por ante al tribunal, de los bienes, efectos, libros y papeles, rindiéndole cuenta de su administración en los quince días siguientes. En caso de contestación sobre las cuentas, usarán las partes de su derecho por separado, ante el tribunal de la quiebra”.

Finalmente en lo que respecta al análisis de la Ley sobre Bancarrotas, es relevante lo establecido por el artículo 124. Este artículo se refiere a las personas que podrán ser declarados cómplices de la quiebra, entre los que está las personas que entreguen alguna pertenencia al fallido en lugar de los administradores de la masa. Sin embargo, si la persona vivía fuera del lugar de residencia del quebrado, lo que se entiende también como fuera del país, tenía que probar que no sabía de la quiebra para no ser considerado como cómplice de la quiebra fraudulenta. En este contexto, el artículo 124 de la ley de 1853 es del tenor literal siguiente:

“Artículo 124: Serán declarados cómplices de la quiebra fraudulenta... 4. Los que siendo tenedores de alguna pertenencia del quebrado al tiempo de hacerse notoria la declaración de quiebra por el tribunal que conoce de ella, la entregasen al fallido y no a los administradores legítimos de la masa; a menos que residiendo fuera del lugar de la

residencia del quebrado o la del tribunal que conoce, probaren que en el pueblo de su residencia no se tenía noticia de la quiebra”.

Para continuar con el análisis con respecto al sistema normativo en nuestro país, es menester analizar ahora el Código de Comercio de 1890 que establecía el sistema de la pluralidad. Así, el artículo 982 del citado código señalaba que:

“Artículo 982: Salvo lo dispuesto en el artículo 949, la declaración de quiebra pronunciada en país extranjero no puede invocarse contra los acreedores que el fallido tenga en la República, ni para disputarles los derechos que pretendan tener sobre los bienes existentes dentro del territorio, ni para anular los contratos que hayan celebrado con el fallido”.

Por su parte, al artículo 949 del Código de Comercio de 1890 contenía una provisión interesante con respecto a los elementos internacionales de la quiebra. El referido artículo establecía que:

“Artículo 949: Si quebrare en el extranjero una negociación mercantil que tuviere en la República una ó más sucursales, se pondrán estas en liquidación, sin perjuicio de que se declaren también en quiebra esas sucursales, si tal fuere legalmente su estado. Esta quiebra, tanto para su declaración como para sus demás efectos, se sujetará a las disposiciones de este Código”.

Lo que se señalaba en el Código de Comercio en 1890 es que México no iba a reconocer una resolución proveniente de un país extranjero en lo que respecta a una declaración de quiebra. En este contexto, el acreedor extranjero tenía que iniciar un procedimiento con base en la legislación mexicana para intentar defender sus derechos frente al deudor.

La redacción del artículo 982 del Código de Comercio de 1890 es muy similar a la que tenían diversas legislaciones en otros países latinoamericanos. Por ejemplo, en Paraguay, el artículo 8 de la Ley de Quiebras No 154 de 1969 establecía que:

“La declaración de quiebra pronunciada en país extranjero no puede invocarse contra los acreedores que el fallido tenga en la República, ni para disputarles los 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 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, resultare un remanente...”

De similar manera, el artículo 1577 del Código de Comercio de Uruguay señala a la letra lo siguiente:

“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”.

Una disposición similar está contenida en el vigente Código de Comercio de Nicaragua que establece en el artículo 1081 lo siguiente:

“Artículo 1081.- Salvo lo dispuesto es el artículo anterior, la declaración de quiebra pronunciada en país extranjero, no puede invocarse contra los acreedores que el fallido tengan en la república, ni para disputarle los derechos que pretendan tener sobre los bienes existentes dentro del territorio, ni para anular los contratos que hayan celebrado con el fallido”.

En Argentina, el punto de partida también fue una disposición de naturaleza nacionalista y territorialista. Sin embargo, la evolución en el sistema normativo argentino condujo hacia el reconocimiento de una declaración de quiebra dictada en un país del extranjero. Los dos artículos que muestran esta evolución son los siguientes:

“Ley 11,719, artículo 7: La declaración de quiebra pronunciada en país extranjero no puede invocarse contra los acreedores que el fallido tenga en la República,

ni para disputarles derechos que pretendan tener sobre los bienes existentes dentro del territorio, ni para anularlos 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, resultare sobrante”.

“Ley 24,522 Artículo 4: “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 Argentina.

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

Posteriormente, las disposiciones contenidas en el Código de Comercio con respecto a los procedimientos de quiebra, fueron derogadas cuando el 20 de abril de 1943 el presidente Manuel Ávila Camacho decretó la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, que es el antecedente directo de la vigente Ley de Concursos Mercantiles. La Ley de Quiebras y Suspensión de pagos consta de 469 artículos y ocho títulos, a saber: título primero, del concepto y declaración de quiebra; título segundo, de los órganos de la quiebra; título tercero, de los efectos de la declaración de la quiebra; título cuarto, de las operaciones de la quiebra; título quinto, la extinción de la quiebra y de la rehabilitación; el título sexto, de la

prevención de la quiebra; título séptimo, quiebras y suspensiones de pagos especiales; y finalmente el título octavo, de los recursos y los incidentes en los juicios de quiebra y de suspensión de pagos.

La ley establece en su artículo primero que para poder ser declarado en estado de quiebra, es necesario que el comerciante cese en el pago de sus obligaciones. Lo que está definido por el artículo 2 que señala lo siguiente:

“Artículo 2: Se presumirá salvo prueba en contrario, que el comerciante cesó en sus pagos, en los siguientes casos y en cualesquiera otros de naturaleza análoga:

I Incumplimiento general en el pago de sus obligaciones líquidas y vencidas,

II Inexistencia o insuficiencia de bienes en que trabar ejecución al practicarse un embargo por incumplimiento de una obligación o al ejecutarse una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.,

III Ocultación o ausencia del comerciante sin dejar al frente de su empresa alguien que legalmente pueda cumplir con sus obligaciones,

IV En iguales circunstancias que el caso anterior, el cierre de los locales de su empresa,

V La cesión de sus bienes en favor de sus acreedores,

VI Acudir a expedientes ruinosos, fraudulentos o ficticios, para atender o dejar de cumplir sus obligaciones,

VII Pedir su declaración en quiebra,

VIII Solicitar la suspensión de pagos y no proceder ésta, o si concedida no se concluyó un convenio con los acreedores,

IX Incumplimiento de las obligaciones contraídas en convenio hecho en suspensión de pagos”.

Si algún comerciante se encuentra en una de las hipótesis descritas anteriormente, se considera que ha cesado en el pago de sus obligaciones y por tanto es susceptible de ser declarado en quiebra.

Con respecto a la competencia en su ámbito territorial, el artículo 13 de la ley de 1943 establecía lo siguiente:

“Artículo 13: A prevención, son competentes para conocer de la quiebra de un comerciante individual, el juez de distrito o el de primera instancia del lugar sujeto a su jurisdicción en donde se encuentre el establecimiento principal de su empresa, y, en su defecto, en donde tenga su domicilio.

Tratándose de sociedades mercantiles, lo será, a prevención también, el que tenga jurisdicción sobre el domicilio social y, en caso de irrealidad de este, el del lugar en donde tenga el principal asiento de sus negocios.

Las sucursales de empresas extranjeras podrán ser declaradas en quiebra, sin consideración de la competencia que pudiera corresponder a jueces extranjeros. Esta quiebra afectará a los bienes sitos en la República y a acreedores por operaciones realizadas con la sucursal”.

La anterior es un aspecto relevante de la ley de 1943 debido a que señala que una sucursal de una empresa extranjera puede ser declarada en quiebra pero sólo se podrán

afectar y considerar a los bienes que se encuentren ubicados en el territorio de la República Mexicana.

El artículo 14 continúa manteniendo lo que se podría establecer como una supremacía del derecho nacional sobre el derecho extranjero, algo que está presente a lo largo de la ley debido a su naturaleza de corte nacionalista.

“Artículo 14: Salvo lo establecido en las convenciones y convenios internacionales, las sentencias de quiebra dictadas en el extranjero no se ejecutarán en la República, sino después de comprobada la regularidad formal de las mismas y que han reconocido la existencia de los supuestos exigidos por esta ley para la declaración de quiebra.

Los efectos de la declaración de quiebra quedarán sujetos a las disposiciones de esta ley”.

Como se puede observar, el artículo 14 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, establece unas limitantes para que se pueda ejecutar una sentencia de quiebra dictada en el extranjero. En este contexto, era menester primeramente que el juez nacional analizara la formalidad de la sentencia así como que se cumplieran los requisitos que exigía la ley nacional, lo que en la cotidianidad hacía prácticamente imposible que un juez nacional fuera a reconocer y a ejecutar una sentencia dictada en el extranjero referente a un procedimiento de quiebra.

La Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943, establecía la figura de los interventores, quienes tenían como función vigilar la actuación del síndico y representar los intereses de los acreedores. Sin embargo, la ley establecía la hipótesis de que la residencia en el extranjero de los designados podría ocasionar que la intervención no se pudiese integrar. Lo anterior, de acuerdo a lo que se establecía por los artículos 58 y 72 que enseguida se citan.

“Artículo 58: Para representar los intereses de los acreedores en la vigilancia de la actuación del síndico y de la administración de la quiebra, se nombrarán uno, tres o cinco interventores a juicio del juez, según la cuantía e importancia de la quiebra, que constituirán la intervención de la misma.

Igualmente podrán nombrarse los suplentes necesarios”.

“Artículo 72: Si la intervención no pudiese integrarse ni aún con carácter provisional, por no existir suficiente número de acreedores, por no aceptar el cargo los designados, por su residencia en el extranjero u otros motivos semejantes, el juez dictará la resolución exponiendo las causas que impiden la existencia o el funcionamiento de la intervención.

Si en cualquier momento posterior fuese posible el nombramiento de la intervención o la continuación de sus funciones, el juez lo hará de oficio o a petición de cualquier acreedor, del síndico o del quebrado”.

Con respecto a la hipótesis de que existieran bienes en otro lugar fuera de la competencia del juez, se establece en la ley que se deberán despachar exhortos. De esta forma, el artículo 183 a la letra establece que:

“Artículo 183: Si hubiere bienes que no se encontrare en la jurisdicción donde el juez actúa se despacharán exhortos por la vía más rápida posible, para cumplimiento de lo mandado, sin perjuicio de que por medio ordinario de comunicación se envíen los documentos normales de procedimiento”.

El artículo 221 de la ley de 1943, señala que para que se pueda reconocer un crédito por parte del juez, se deberá adjuntar a la demanda los documentos justificativos que comprueben la existencia del crédito. A este respecto, el octavo tribunal colegiado en materia civil del primer circuito tuvo la oportunidad de analizar si la copia fotostática servía como documento justificativo para acreditar la existencia de un crédito. La conclusión que tuvo el tribunal, con fundamento en el artículo 221 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, fue que una copia fotostática en idioma extranjero no era un documento justificativo del crédito. El artículo 221 de la ley de 1943 así como la tesis del tribunal a la letra señalan lo siguiente:

“Artículo 221: Los acreedores deberán solicitar por escrito, del juez de la quiebra, el reconocimiento de sus créditos acompañando la demanda con los documentos justificativos y copias literales de éstos y de aquélla.

Si no existieren documentos, adjuntarán la cuenta pormenorizada de su crédito indicando su causa y las correspondientes copias.

Cotejados que sean los documentos y copias se pondrá al pie de éstas, una nota de quedar los originales en el juzgado devolviéndolas a los interesados”.

“COPIAS FOTOSTATICAS DE DOCUMENTOS REDACTADOS EN IDIOMA EXTRANJERO. CARECEN DE EFICACIA PROBATORIA DENTRO DEL INCIDENTE DE RECONOCIMIENTO DE CREDITOS PREVISTO EN LA LEY DE QUIEBRAS Y SUSPENSION DE PAGOS. *Las copias fotostáticas referentes a documentos redactados en idioma extranjero carecen de eficacia probatoria, pues de conformidad con lo preceptuado en el artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, las reglas de la lógica y la experiencia judicial permiten concluir que esos medios de prueba no generan ninguna convicción tendiente a demostrar los hechos contenidos en cada una de las copias fotostáticas exhibidas, con mayor razón si se trata de documentos redactados en idioma extranjero. Ahora bien, de la lectura del artículo 221 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, se constata la exigencia legal de exhibir con la demanda de reconocimiento de créditos, los documentos justificativos y copias correspondientes lo que permite advertir que esa disposición se refiere a documentos originales, públicos o privados, en caso de existir, pues las copias de ellos también se requieren, pero sólo para correr traslado a las demás partes, en cuya medida no es admisible aportar como documentos justificativos de los créditos cuestionados copias fotostáticas, cuando éstos existen en originales.*

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

*Amparo directo 20/95. Clarins, S. A. 9 de febrero de 1995. Unanimidad de votos.
Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez. Secretario: Alejandro Sánchez López”.*

Otro elemento internacional que tenía la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943 se refería a la presentación de la demanda de reconocimiento por parte de acreedores que residían en el extranjero. Bajo esta hipótesis, el juez podía ampliar el plazo para la presentación de la demanda.

“Artículo 223: Para los acreedores residentes en el extranjero, el juez podrá ampliar el plazo de presentación de la demanda de reconocimiento, vistas las circunstancias de cada caso, hasta el mismo día que se hubiese señalado para la reunión de la junta de acreedores de reconocimiento”.

El devenir histórico de la evolución jurídica del tema presente de estudio, es de utilidad para poder llegar a una mejor comprensión de la estructura normativa contemporánea. Lo anterior es así debido a que los procesos legislativos se deben de nutrir con las vivencias y pensamientos que los teóricos han tenido en otras épocas, para así poder llegar a un mejor nivel y calidad en las leyes realizadas.

2. Ley de Concursos Mercantiles.

El camino legislativo para adoptar en México la Ley Modelo sobre Insolvencia transfronteriza comenzó el 23 de noviembre de 1999 cuando se presentó la iniciativa con proyecto de Ley de Concursos Mercantiles, cuyo objeto se establecía en:

“regular el concurso mercantil y abrogar la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943 por ser obsoleta. Adicionalmente, se busca lograr el equilibrio entre los derechos legítimos de los acreedores y de los deudores; respetar en lo posible las relaciones contractuales preexistentes, facilitar un arreglo voluntario entre los deudores y acreedores; propiciar las soluciones extrajudiciales; y apoyar a los jueces con elementos técnicos y administrativos para facilitar la resolución. De manera particular: 1) se simplifica el procedimiento de quiebras y se desjudicializa en la medida de lo posible; 2) se ofrece certidumbre y confianza en la solución de conflictos entre particulares; 3) se conserva el concepto de empresa y su papel estratégico; 4) se incorporan los principios de predicibilidad para desincentivar los litigios; 5) la equidad en el trato igual a los distintos acreedores, evitando el fraude y el favoritismo; y 6) la transparencia para que los diferentes participantes puedan ejercer sus derechos.”

La exposición de motivos de la iniciativa de Ley de Concursos Mercantiles, reconocía las modificaciones y la evolución del ambiente de negocios con respecto de 1943. Además, se reconoce la complejidad de las relaciones comerciales contemporáneas y los factores de carácter internacional que influyen en la economía nacional.

Como ya se ha mencionado, la visión política, económica y social en un país determinado va a influir en la construcción del sistema normativo. En este contexto, la iniciativa de Ley de Concurso Mercantiles establece que “nuestro país se ha integrado a la economía mundial en respuesta a los beneficios que ofrece el proceso de globalización, no sólo en lo que se refiere al intercambio de bienes y servicios con el exterior, sino que también se ha integrado a los crecientes flujos financieros y de inversión.” Así, el proceso

de globalización y apertura comercial iniciado en la década de los ochenta en México, va a incidir en un cambio legislativo como el que se está analizando en lo que respecta a la Ley de Concursos Mercantiles.

Algunas diferencias sustanciales entre la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos y la Ley de Concursos Mercantiles, se refieren a la desaparición de la junta de acreedores que señalaba la ley de 1943 y la creación del visitador, conciliador y del Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles. Además de que la Ley de Concursos Mercantiles creó la etapa de conciliación y el plan con reestructura previo.

La Ley de Concursos Mercantiles, que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 2000, nació en medio de fuertes debates con opiniones a favor y en contra.

Opiniones a favor:

- *“Se establecen procedimientos predecibles, equitativos y transparentes*
- *Se disminuirán los costos financieros*
- *El Instituto Federal de Especialistas dependiente del Consejo de la Judicatura dará apoyo administrativo a los procesos concursales*
- *Se evitarán abusos y alargamiento innecesario de los procesos.*
- *Los créditos comunes se convertirán a su equivalente en Unidades de Inversión (UDIs) para evitar su minusvalía.*

- *El concurso mercantil constará de dos etapas: Conciliación y Quiebra. En el primero deudor y acreedores pueden alcanzar un convenio que facilite la reestructuración de la empresa.*

- *En caso de quiebra se procederá a la venta de la empresa como unidad en marcha para conservar los empleos.*

Opiniones en contra:

- *Trata de crear una burocracia más en la Administración Pública*
- *Los plazos para el período de conciliación son muy cortos.*
- *La Ley de Quiebras es más congruente con el sentido social que debe tener una legislación protectora de la empresa y la suspensión de pagos da una tregua para rehacerse y volver a ser productiva y socialmente útil.*

- *Es inconstitucional en cuanto omite la competencia de los jueces de primera instancia del lugar.*

- *Es violatorio del artículo 17 constitucional cuando se exige que se acompañe a la demanda el documento en que conste la garantía de los honorarios del visitado⁴⁰.*

Los debates anteriores y todas las opiniones con respecto al tema de los procedimientos de quiebra con elementos internacionales nutrieron fuertemente la gestación del nuevo marco jurídico mexicano en la materia. En este contexto, el 21 de mayo de 2000 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley de Concursos

⁴⁰ González Chávez, Jorge. *Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos/ Minuta del proyecto de Ley de Concursos Mercantiles*. (Servicio de investigación y análisis. México, 2000) P 8.

Mercantiles, que en su título décimo segundo denominado “de la cooperación” en los procedimientos internacionales adopta la ley modelo de la UNICTRAL.

La Ley de Concursos Mercantiles vigente en México consta de 342 artículos agrupados en catorce títulos que son los siguientes:

Título Primero: Disposiciones generales y declaración de concurso mercantil.

Título Segundo: De los órganos del concurso mercantil.

Título Tercero: De los efectos de la sentencia de concurso mercantil.

Título Cuarto: Del reconocimiento de créditos.

Título Quinto: De la conciliación.

Título Sexto: De la quiebra.

Título Séptimo: De la enajenación del activo, graduación de créditos y del pago a los acreedores reconocidos.

Título Octavo: De los concursos especiales.

Título Noveno: De la terminación del concurso mercantil.

Título Décimo: De los incidentes, recursos y medidas de apremio.

Título Décimo Primero: Aspectos penales del concurso mercantil.

Título Décimo Segundo: De la cooperación en los procedimientos internacionales.

Es en esta parte donde se adopta la Ley Modelo de UNCITRAL, que bajo la ley mexicana consta de los artículos 278 a 310 agrupados en los siguientes capítulos: El primer capítulo lleva por nombre disposiciones generales; el segundo del acceso a los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales mexicanos; el capítulo tercero se titula del reconocimiento de un procedimiento extranjero y medidas otorgables; el capítulo cuarto

lleva por nombre de la cooperación con tribunales y representantes extranjeros y el capítulo quinto se denomina de los procedimientos paralelos.

Título Décimo Tercero: Del Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles.

Título Décimo Cuarto: Del concurso mercantil con plan de reestructura previo.

Para comenzar con el análisis de la Ley de Concursos Mercantiles, es importante mencionar algunas definiciones que señala la misma ley y que son de relevancia para nuestro tema de estudio. Por ejemplo la definición de domicilio establecida en el artículo 4 que a la letra señala:

“Artículo 4: Para los efectos de esta ley, se entenderá por:

I...

III Domicilio, el domicilio social y en caso de irrealidad de éste, el lugar donde tenga la administración principal la empresa. En caso de sucursales de empresas extranjeras será el lugar donde se encuentre su establecimiento principal en la República Mexicana. Tratándose de Comerciante persona física, el establecimiento principal de su empresa y, en su defecto, en donde tenga su domicilio;...”

El artículo anterior puede acarrear diversas dificultades prácticas. Pensemos por ejemplo en una sucursal de empresa extranjera con diversos puntos de venta ubicados en el territorio de la República Mexicana, ¿cuál de ellos va a ser el establecimiento principal? Ante esta cuestión, los jueces tendrían que analizar con detalle las actividades que realiza la sucursal de la empresa extranjera para llegar a una respuesta satisfactoria.

Otro punto importante establecido en la ley mexicana y que no tiene su reflejo en la ley modelo de UNCITRAL, es lo que se establece en el artículo 16:

“Artículo 16: Las sucursales de empresas extranjeras podrán ser declaradas en concurso mercantil. La declaración sólo comprenderá a los bienes y derechos localizados y exigibles, según sea el caso, en el territorio nacional y a los acreedores por operaciones realizadas con dichas sucursales”.

Lo que se establece en el artículo 16 de la Ley de Concursos Mercantiles, es la posibilidad de que se presenten procedimientos que serían independientes de la Ley Modelo de UNCITRAL para abarcar solamente un procedimiento estrictamente nacional pero sobre una sucursal de empresa extranjera. En este aspecto, habría que analizar con detalle en el caso específico para dilucidar cuándo entra en aplicación lo establecido por la Ley Modelo que fue adoptada en la Ley de Concursos Mercantiles actualmente vigente en el Estado mexicano.

Otra conexión con jurisdicciones extranjeras está dada por el artículo 89 de la Ley de Concursos Mercantiles que literalmente señala lo siguiente:

“Artículo 89: A la fecha en que se dicte la sentencia de concurso mercantil:

I...

III Los créditos con garantía real, con independencia de que se hubiere convenido inicialmente que su pago sería en la República Mexicana o en el extranjero, se mantendrán en la moneda o unidad en la que estén denominados y únicamente causarán los intereses

ordinarios estipulados en los contratos, hasta por el valor de los bienes que los garantizan”.

En México se ha adoptado casi de manera total la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre insolvencia transfronteriza. Sin embargo, es menester realizar un análisis a mayor profundidad para conocer las diferencias.

El artículo tercero de la Ley Modelo señala que: “En caso de conflicto entre la presente Ley y una obligación de este Estado nacida de un tratado u otra forma de acuerdo en el que este Estado sea parte con uno o más Estados, prevalecerán las disposiciones de ese tratado o acuerdo.” Este artículo, difiere sustancialmente de lo que se establece en la Ley de Concursos Mercantiles mexicana, que en su artículo 280 establece que “Las disposiciones de este Título se aplicarán cuando no se disponga de otro modo en los tratados internacionales de los que México sea parte, salvo que no exista reciprocidad internacional.”

En lo que respecta a los funcionarios públicos que se encargarán de lo relacionado con el reconocimiento de procedimientos extranjeros, la Ley Modelo de la UNCITRAL deja abierta la opción para que cada país designe quién ejercerá las mencionadas funciones. En el caso de la ley mexicana, el artículo 281 establece que las funciones relativas al reconocimiento de Procedimientos Extranjeros y en materia de cooperación con tribunales extranjeros serán ejercidas por el juez, por el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles o por la persona que el Instituto designe.

El artículo 5 de la Ley Modelo de la UNCITRAL, establece que los Estados podrán indicar las autoridades que tienen una autorización para actuar en un Estado extranjero. Este artículo tiene su espejo en lo que establece el artículo 282 de la Ley de Concursos Mercantiles en México, en el cual se le da facultad al visitador, conciliador o el síndico para actuar en un Estado extranjero en representación de un concurso mercantil que se haya abierto en México.

El artículo 14 de la Ley Modelo de la UNCITRAL, señala que cuando se haya de notificar a los acreedores extranjeros la apertura de un procedimiento, la notificación deberá señalar un plazo razonable para la presentación de los créditos e indicar el lugar en el que se haya de efectuar esa presentación. Como se puede observar, no se define el plazo en el que se deberá de notificar sino que sólo establece un “plazo razonable”. En este tema, el legislador mexicano decidió definir ese plazo y en el artículo 291 de la Ley de Concursos Mercantiles se estableció el plazo en cuarenta y cinco días naturales.

Es importante conocer también la cooperación que se tiene que realizar con los tribunales y representantes extranjeros, lo anterior debido a que es de vital importancia para el buen desarrollo del procedimiento. El artículo 304 de la Ley de Concursos Mercantiles es el fundamento para la cooperación mencionada, este artículo establece a la letra lo siguiente:

“Artículo 304.- En los asuntos indicados en el artículo 278 de esta Ley, el juez, el visitador, el conciliador o el síndico, deberán cooperar, en el ejercicio de sus funciones y en la medida en que sea posible, con los tribunales y representantes extranjeros.

El juez, el visitador, el conciliador o el síndico, estarán facultados, en el ejercicio de sus funciones, para ponerse en comunicación directa sin que sean necesarias cartas rogatorias u otras formalidades con los tribunales o los representantes extranjeros”.

El artículo 302 señala un aspecto central en la cooperación: la comunicación directa. En efecto, la capacidad para que el juez, el visitador, el conciliador o el síndico puedan entablar una comunicación directa con los representantes extranjeros es fundamental. Por otra parte, es importante la utilización de medios electrónicos como las videoconferencias y además, un protocolo de comunicación entre representantes de jurisdicciones distintas que tenga como objetivo el mejorar la comunicación. Sin embargo, el artículo 305 de la Ley de Concursos Mercantiles es omiso en señalar dichos medios.

“Artículo 305.- La cooperación de la que se trata en el artículo 304 podrá ser puesta en práctica por cualquier medio apropiado, y en particular mediante:

I. El nombramiento de una persona o de un órgano para que actúe bajo la dirección del juez, del conciliador, del visitador o del síndico;

II. La comunicación de información por cualquier medio que el juez, el visitador, el conciliador o el síndico, consideren oportuno;

III. La coordinación de la administración y la supervisión de los bienes y negocios del Comerciante;

IV. La aprobación o la aplicación por los tribunales de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos, y

V. La coordinación de los procedimientos que se estén siguiendo simultáneamente respecto de un mismo Comerciante”.

El aspecto de la cooperación internacional entre los representantes y tribunales mexicanos con sus similares extranjeros se encuentra establecido en la ley de manera muy amplia y sujeta a las interpretaciones y normativa divergentes que cada jurisdicción tenga. Por lo anterior, se podría considerar profundizar en la práctica internacional para encontrar soluciones que lleven a la mejora de los procedimientos.

En lo que respecta a la aplicación y a la interpretación que se le ha dado a la adopción de la Ley Modelo de la UNCITRAL en la legislación mexicana como parte de la Ley de Concursos Mercantiles, una de las primeras cuestiones a analizar fue la constitucionalidad misma de la Ley Modelo adoptada como título décimo segundo de la Ley de Concursos Mercantiles. En este contexto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, analizó si la adopción de la Ley Modelo en el sistema normativo mexicano otorgaba un trato desigual a los acreedores nacionales y extranjeros:

“CONCURSOS MERCANTILES. EL TÍTULO DÉCIMO SEGUNDO DE LA LEY RELATIVA ES CONSTITUCIONAL AL OTORGAR UN TRATO IGUALITARIO A LOS ACREEDORES NACIONALES Y EXTRANJEROS. *Del proceso legislativo que originó la Ley de Concursos Mercantiles, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 2000, se advierte que el citado Título se incorporó atendiendo a la integración del país a la economía mundial y ante un proceso de globalización, con la finalidad de facilitar la cooperación entre tribunales de diferentes países en materia de quiebras y concursos, con motivo del incremento de las transacciones realizadas fuera del país; además, el Título aludido fue tomado de la Ley Modelo creada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional sobre*

Insolvencia Transfronteriza, la cual contiene un capítulo de cooperación con tribunales y representantes extranjeros, cuyo objetivo es permitir que los tribunales y administradores de la insolvencia de dos o más países sean eficaces, a fin de evitar la dispersión de los bienes y optimizar su valor. Ahora bien, la mencionada Ley Concursal -en concordancia con la Ley Modelo citada- en su artículo 290 establece la igualdad de derechos de los acreedores extranjeros y los nacionales respecto de la apertura del procedimiento en México, mientras que el numeral 291 señala la obligación de notificar tanto a los acreedores nacionales como a los extranjeros y el artículo 300 de dicho ordenamiento prevé las medidas necesarias para proteger los bienes del comerciante o los intereses de los acreedores. En ese sentido, se concluye que el Título décimo segundo de la Ley de Concursos Mercantiles no es inconstitucional, pues lejos de privilegiar el procedimiento o ley extranjera, en su artículo 283 claramente establece que sus disposiciones no podrán interpretarse en sentido contrario a la propia Ley, ni a los principios de derecho que imperan en la República Mexicana, con lo cual el legislador salvaguarda dichos principios fundamentales y el orden jurídico nacional y, asimismo, otorga un trato igual a los acreedores extranjeros y nacionales sin establecer alguna clase de prelación que atienda tal circunstancia.

PRIMERA SALA

Amparo en revisión 1588/2004. Jacobo Xacur Eljure y otros. 26 de octubre de 2005. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosaura Rivera Salcedo”.

En la anterior interpretación, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizó la constitucionalidad del título décimo segundo de la Ley de Concursos

Mercantiles a partir del análisis del artículo 290, 291 y 300. La redacción de los artículos mencionados es la siguiente:

“Artículo 290: Salvo lo dispuesto en el segundo párrafo, los acreedores extranjeros gozarán de los mismos derechos que los acreedores nacionales respecto de la apertura de un procedimiento en este Estado y de la participación en él con arreglo a esta Ley.

Lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo no afectará al orden de prelación de los créditos en un concurso mercantil declarado con arreglo a esta Ley, salvo que no se asignará a los créditos de acreedores extranjeros una prelación inferior a la de los acreedores comunes”.

“Artículo 291: Siempre que con arreglo a esta Ley se haya de notificar algún procedimiento a los acreedores que residan en la República Mexicana, esa notificación deberá practicarse también a los acreedores extranjeros cuyo domicilio sea conocido y que no tengan un domicilio dentro del territorio nacional. El juez deberá ordenar que se tomen las medidas legales pertinentes a fin de notificar a todo acreedor cuyo domicilio aún no se conozca.

Esa notificación deberá practicarse a cada uno de los acreedores extranjeros por separado, a no ser que el juez considere que alguna otra forma de notificación sea más adecuada en las circunstancias del caso. No se requerirá carta rogatoria ni ninguna otra formalidad similar.

Cuando se haya de notificar a los acreedores extranjeros la apertura de un procedimiento, la notificación, además, deberá:

I. Señalar un plazo de cuarenta y cinco días naturales para la presentación de los créditos e indicar el lugar en el que se haya de efectuar esa presentación;

II. Indicar si los acreedores con créditos garantizados necesitan presentar esos créditos, y

III. Contener cualquier otra información requerida para esa notificación conforme a las leyes mexicanas y a las resoluciones del juez”.

“Artículo 300: Desde el reconocimiento de un Procedimiento Extranjero, de ser necesario para proteger los bienes del Comerciante o los intereses de los acreedores, el Representante Extranjero podrá instar al visitador, al conciliador o al síndico, para que soliciten al juez toda medida apropiada, incluidas las siguientes:

I. Suspender toda medida de ejecución contra los bienes del Comerciante, en cuanto no se haya paralizado con arreglo a la fracción I del primer párrafo del artículo 298 de esta Ley;

II. Suspender el ejercicio del derecho a transmitir o gravar los bienes del Comerciante, así como a disponer de esos bienes de algún otro modo, en cuanto no se haya suspendido ese derecho con arreglo al anterior artículo 299;

III. Disponer la presentación de pruebas o el suministro de información respecto de los bienes, negocios, derechos, obligaciones o responsabilidades del Comerciante;

IV. Encomendar al Representante Extranjero, al visitador, al conciliador o al síndico, la administración o la realización de todos o de parte de los bienes del Comerciante, que se encuentren en el territorio nacional;

V. Prorrogar toda medida cautelar otorgada con arreglo al primer párrafo del citado artículo 298, y

VI. Conceder cualquier otra medida que, conforme a la legislación mexicana, sea otorgable al visitador, al conciliador o al síndico.

A partir del reconocimiento de un Procedimiento Extranjero, el Representante Extranjero podrá instar al visitador, al conciliador o al síndico, para que encomienden al Representante Extranjero o a otra persona designada por el Instituto, la distribución de todos o de parte de los bienes del Comerciante que se encuentren en el territorio nacional, siempre que el juez se asegure de que los intereses de los acreedores domiciliados en México están suficientemente protegidos.

Al decretar las medidas previstas en este artículo al representante de un Procedimiento Extranjero no Principal, el juez deberá asegurarse de que las medidas así acordadas atañen a bienes que, con arreglo a las leyes mexicanas, hayan de ser administrados en el marco del Procedimiento Extranjero no Principal o que atañen a información requerida en ese Procedimiento Extranjero no Principal”.

Ahora bien, en base a los artículos anteriores, ¿se podría afirmar la existencia de un privilegio hacia la ley o al procedimiento extranjero en detrimento del mexicano? ¿La ley Modelo de la UNCITRAL otorga un trato igualitario a los acreedores nacionales como extranjeros? Para resolver las interrogantes anteriores, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tomó como fundamento el artículo 283 de la Ley de Concursos Mercantiles que a la letra señala lo siguiente:

“Artículo 283: Nada de lo dispuesto en este Título podrá interpretarse en un sentido que sea contrario a lo dispuesto en los Títulos I a XI y XIII de esta Ley, o de cualquier manera que sea contraria a los principios fundamentales de derecho imperantes

en la República Mexicana. En consecuencia, el juez, el Instituto, el visitador, el conciliador o el síndico, se negarán a adoptar una medida, cuando ésta sea contraria a lo dispuesto en tales Títulos o pudiera violar los principios mencionados”.

Ahora bien, con base a lo anteriormente expuesto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que la Ley Modelo de la UNCITRAL, adoptada en el título décimo segundo de la Ley de Concursos Mercantiles, otorga un trato igualitario tanto a acreedores nacionales como extranjeros.

Otro aspecto interesante que ha sido analizado por los tribunales mexicanos se refiere al recurso al que se podría para combatir la resolución que reconoce y decreta la cooperación internacional. En este contexto, el Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito estableció lo siguiente:

“PROCEDIMIENTO EXTRANJERO DE QUIEBRA, RECONOCIMIENTO Y DECLARACIÓN DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL. LA RESOLUCIÓN QUE RECONOCE Y DECRETA LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL ES REVOCABLE.

El artículo 268 de la Ley de Concursos Mercantiles dispone que cuando no se prevea el recurso de apelación procederá la revocación, que se tramitará conforme a las disposiciones del Código de Comercio. De conformidad con dicho numeral, la resolución judicial que resuelve un incidente de reconocimiento de un procedimiento extranjero tramitado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 294 con relación al precepto 267 de la Ley de Concursos Mercantiles, es recurrible a través del recurso de revocación. Esto es así, porque si en el capítulo de

incidentes de la citada ley no se prevé la procedencia del recurso de apelación, por exclusión, en contra de la resolución de reconocimiento de un procedimiento extranjero de quiebra, procede el recurso de revocación.

DECIMO SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

Amparo directo 98/2003. Jacobo Xacur Eljure. 13 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Manuel Islas Domínguez. Secretario: Julio Rogelio Coronado Medina.

Amparo directo 97/2003. José María Xacur Eljure. 13 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Manuel Islas Domínguez. Secretario: Julio Rogelio Coronado Medina.

Amparo directo 96/2003. Felipe Xacur Eljure. 13 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Manuel Islas Domínguez. Secretario: Julio Rogelio Coronado Medina”.

La anterior interpretación del Tribunal Colegiado presenta varios niveles de análisis. En primer lugar, es en lo que respecta al procedimiento que se tendrá que realizar al momento de buscar que exista el reconocimiento en México de un procedimiento extranjero. En este contexto, es menester conocer lo que se establece por el artículo 267 de la Ley de Concursos Mercantiles que a la letra dice lo siguiente:

“Artículo 267: Para el conocimiento y decisión de las diversas cuestiones que se suscitaren durante la tramitación del concurso mercantil, que no tengan prevista una

substanciación especial se plantearán, por el interesado, a través de la vía incidental ante el juez, observándose los siguientes trámites:

I. Del escrito inicial del incidente se correrá traslado por cinco días a la parte o a las partes interesadas en la cuestión. Se tendrá como confesa a la parte que no efectuare el desahogo, salvo prueba en contrario;

II. En los escritos de demanda incidental y contestación de ésta, las partes ofrecerán pruebas, expresando los puntos sobre los que deban versar, y que no sean extraños a la cuestión incidental planteada;

III. Transcurrido el plazo a que se refiere la fracción primera, el juez citará a una audiencia de desahogo de pruebas y alegatos que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes;

IV. Cuando las partes ofrezcan las pruebas testimonial o pericial, exhibirán con el escrito de ofrecimiento, copia de los interrogatorios al tenor de los cuales deban ser examinados los testigos, o del cuestionario para los peritos, señalando el nombre y domicilio de los testigos y en su caso del perito de cada parte. El juez ordenará que se entregue una copia a cada una de las partes, para que puedan formular por escrito o hacer verbalmente preguntas al verificarse la audiencia. No se admitirán más de tres testigos por cada hecho;

V. Al promoverse la prueba pericial, el juez hará la designación de un perito, o de los que estime necesarios, sin perjuicio de que cada parte pueda designar también un perito para que se asocie al nombrado por el juez o rinda dictamen por separado;

VI. A fin de que las partes puedan rendir sus pruebas en la citada audiencia, los funcionarios o autoridades tienen obligación de expedir con toda prontitud a aquéllas, las copias o documentos que soliciten, apercibidas que de no hacerlo serán objeto de las

medidas de apremio que el juez considere convenientes, y dejarán de recibirse las que no se hayan preparado oportunamente por falta de interés en su desahogo, y

VII. Concluida la audiencia, sin necesidad de citación, el juez dictará la sentencia interlocutoria relativa dentro del plazo de tres días.

Los incidentes planteados en términos de esta Ley no suspenderán el procedimiento principal”.

De lo anterior, se colige que cuando se busca que un procedimiento de insolvencia extranjero sea reconocido bajo el sistema normativo mexicano, se tendrá que buscar dicho reconocimiento mediante la vía incidental siguiendo lo establecido por el artículo 267 de la Ley de Concursos Mercantiles. Ahora bien, ante la resolución que recaiga en el incidente de reconocimiento de procedimiento extranjero, ¿cuál sería el recurso que se pudiera utilizar para la posible defensa de los derechos que se crean vulnerados?

El Tribunal Colegiado, utilizando como fundamento el artículo 268 de la Ley de Concursos Mercantiles⁴¹, estableció que en contra de la resolución de reconocimiento de un procedimiento extranjero de quiebra, procede el recurso de revocación.

En la misma línea de análisis que la anterior interpretación, el Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, también tuvo la oportunidad de discernir sobre la procedencia del amparo indirecto contra la resolución que resuelve un recurso de revocación. Al respecto, el Tribunal Colegiado manifestó lo siguiente:

⁴¹ Artículo 268: Cuando esta ley no prevea el recurso de apelación procederá la revocación, que se tramitará conforme a las disposiciones del Código de Comercio.

“PROCEDIMIENTO EXTRANJERO DE QUIEBRA, RECONOCIMIENTO Y DECLARACIÓN DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL. EL AMPARO INDIRECTO ES IMPROCEDENTE CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE RESUELVE UN RECURSO DE REVOCACIÓN, DERIVADO DE UN ACTO DICTADO EN EJECUCION DE LA SENTENCIA QUE LO RECONOCE, POR NO TRATARSE DE LA ÚLTIMA RESOLUCIÓN EN ESE PERIODO. La Ley de Concursos Mercantiles prevé en su título décimo segundo la cooperación en los procedimientos internacionales. El artículo 279 de la ley en cita, dispone que por procedimiento extranjero se entenderá el procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo incluido el de índole provisional, que se siga en un Estado extranjero con arreglo a una ley relativa al concurso mercantil, quiebra o insolvencia del comerciante y en virtud del cual los bienes y negocios de éste queden sujetos al control o a la supervisión del tribunal extranjero. La resolución que resuelve un recurso de revocación derivado de un acto dictado en ejecución de sentencia, encaminado a hacer efectiva la resolución que reconoce el estado de quiebra y declara la cooperación internacional dentro de un incidente de reconocimiento de un procedimiento extranjero, no es el último dictado en el periodo de ejecución de sentencia, por lo que el juicio de amparo indirecto que se promueva en su contra es improcedente, por actualizarse la causa de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XVIII, en relación con el numeral 114, fracción III, de la Ley de Amparo. Luego, se está en presencia de una resolución intermedia que no constituye la última dictada en ejecución de sentencia, determinación que en términos del artículo 114, fracción III, de la ley de la materia, no puede combatirse en forma inmediata a través del juicio de amparo biinstancial, pues las violaciones que se cometieran en la fase de ejecución de sentencia podrán ser reclamadas al impugnarse la última resolución de esa etapa.

*DECIMO SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL
PRIMER CIRCUITO*

*Amparo en revisión 282/2003. Jacobo Xacur Eljure. 5 de septiembre de 2003.
Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Manuel Islas Domínguez. Secretaria: Maribel
Argüello Batista.*

*Amparo en revisión 283/2003. Jacobo Xacur Eljure. 5 de septiembre de 2003.
Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Manuel Islas Domínguez. Secretaria: Maribel
Argüello Batista.*

*Amparo en revisión 289/2003. Jacobo Xacur Eljure. 5 de septiembre de 2003.
Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Manuel Islas Domínguez. Secretaria: Maribel
Argüello Batista”.*

La hipótesis que se señala en la interpretación del Tribunal Colegiado que antecede, se refiere a la existencia de un procedimiento extranjero⁴², en el cual para ser reconocido en el sistema jurídico mexicano se tiene que tramitar un procedimiento por la vía incidental. La resolución sobre la que recae el mencionado incidente puede ser combatida a través del recurso de revocación. Ahora bien, ¿procede el juicio de amparo indirecto en contra de la resolución que resuelve el recurso de revocación?

El Tribunal Colegiado, utilizando como fundamento lo que se señala en el artículo 73 fracción XVIII de la Ley de Amparo, en la cual se señalan las causales de

⁴² Definido en términos del artículo 279 de la Ley de Concursos Mercantiles como el procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo incluido el de índole provisional, que se siga en un Estado extranjero con arreglo a una ley relativa al concurso mercantil, quiebra o insolvencia del Comerciante y en virtud del cual los bienes y negocios del Comerciante queden sujetos al control o a la supervisión del Tribunal Extranjero, a los efectos de su reorganización o liquidación;

improcedencia entre las cuales se encuentra la improcedencia que resulte de alguna disposición de la ley, en relación con el artículo 114 fracción III también de la Ley de Amparo que establece lo siguiente:

“Artículo 114: El amparo se pedirá ante el juez de Distrito:

...

III Contra actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo ejecutados fuera de juicio o después de concluido.

Si se trata de actos de ejecución de sentencia, sólo podrá promoverse el amparo contra la última resolución dictada en el procedimiento respectivo, pudiendo reclamarse en la misma demanda las demás violaciones cometidas durante ese procedimiento, que hubieren dejado sin defensa al quejoso.

Lo anterior será aplicable en materia de extinción de dominio.

Tratándose de remates, sólo podrá promoverse el juicio contra la resolución definitiva en que se aprueben o desaprueben”;

Así las cosas, el amparo indirecto a consideración del Tribunal Colegiado sólo podrá promoverse contra la última resolución dictada en el procedimiento. Lo anterior significa, que el amparo podría proceder si la resolución que resuelve el recurso de revocación derivado del reconocimiento de un procedimiento extranjero de quiebra es la “última resolución” en el procedimiento. Sin embargo, a juicio del Tribunal Colegiado se está en presencia solamente de una resolución intermedia, lo que genera la improcedencia del amparo indirecto.

Por otra parte, es importante conocer también los supuestos para el reconocimiento de procedimientos extranjeros en México. En este contexto, los tribunales mexicanos han manifestado que existen dos supuestos para el reconocimiento de procedimientos extranjeros. El primero es cuando el deudor comerciante tenga un establecimiento en México y el segundo supuesto se presenta cuando el deudor comerciante no tenga un establecimiento en México. Cada uno de los supuestos implican también modificaciones en cuanto a la manera de llevar el procedimiento.

“LEY DE CONCURSOS MERCANTILES. SUPUESTOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE PROCEDIMIENTOS EXTRANJEROS EN MÉXICO. De una interpretación sistemática y armónica de los artículos 293 y 294 del título décimo segundo de la Ley de Concursos Mercantiles, relativo a la cooperación internacional, en concordancia con los numerales 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40 y 41, que se contienen en el capítulo IV del título primero de la propia ley de la materia; se colige ineludiblemente que el legislador previó dos supuestos para el reconocimiento de procedimientos extranjeros, el primero, cuando el procedimiento extranjero a reconocer se refiere a un comerciante que tenga un establecimiento en México, caso en el cual, efectivamente se requiere que se inicie el concurso mercantil de dicho comerciante conforme a la Ley de Concursos Mercantiles, y previa realización de la visita de verificación que señala la propia ley, se emita la sentencia en que se declare el concurso mercantil del comerciante y ahí mismo se reconozca el procedimiento extranjero. Es decir, el reconocimiento de un procedimiento extranjero respecto de un comerciante que tenga un establecimiento en México, presupone la necesidad de que se abra el concurso mercantil de dicho comerciante, en el que se lleve a cabo la visita de verificación que dispone la ley,

y se dicte sentencia en la que se declare el concurso mercantil del comerciante y además se reconozca el procedimiento extranjero respectivo. Ello se sustenta, porque como se observa del contenido del propio artículo 293, dicho precepto legal en forma expresa dispone que, tratándose del primer supuesto que se analiza, se deberán observar las disposiciones del capítulo IV, del título primero, de la ley concursal, y en tal capítulo se regula todo lo relativo a la visita de verificación, incluyendo las providencias precautorias que pueden dictarse para proteger la masa y los derechos de los acreedores; asimismo, la sentencia a que se hace referencia en el precepto legal invocado, no es otra que la de concurso mercantil, señalándose en el propio numeral que, en el supuesto de que se trata, dicho fallo deberá contener además la declaración de que se reconoce el procedimiento o procedimientos extranjeros correspondientes; finalmente, el propio numeral dispone que en ese supuesto, el concurso mercantil se regirá por las disposiciones de la ley concursal; de lo que resulta que la voluntad del legislador fue que para el reconocimiento de un procedimiento extranjero respecto de un comerciante que tenga un establecimiento en México, se requiere necesariamente que se abra el concurso mercantil de dicho comerciante, en el que se sigan las formalidades exigidas por la ley de concursos, concluyendo con la sentencia de concurso mercantil en la que además se deberá contener la declaración de reconocimiento del procedimiento extranjero respectivo. Asimismo, dicha interpretación guarda coherencia o congruencia con el principio de igualdad que debe existir entre los acreedores extranjeros y nacionales, en que se inspiró el legislador para la incorporación del título décimo segundo de la ley concursal, si se toma en cuenta que con la apertura en nuestro país del concurso mercantil del comerciante que tiene un establecimiento en México, los acreedores mexicanos estarán en condiciones de hacer valer sus créditos y de que se les reconozca junto con los de los acreedores extranjeros, en

la inteligencia de que los créditos de estos últimos ya no serán materia de análisis y discusión en el concurso mercantil que se abra, sino que sólo serán objeto de reconocimiento en la propia sentencia de concurso mercantil, es decir, el derecho respecto de los créditos de los acreedores extranjeros ya fue declarado y resuelto ante los tribunales extranjeros, y su inclusión en el concurso mercantil que se aperture en México es únicamente para que tales créditos sean reconocidos en nuestro país, y de esta forma se proceda al pago tanto de dichos créditos como de los créditos de los acreedores mexicanos que resulten, siguiendo la prelación que marca la ley; situación que evidentemente no se lograría si únicamente se procediera al reconocimiento de procedimiento extranjero, sin aperturar el concurso mercantil del comerciante, aun cuando hubiesen acreedores mexicanos, precisamente por existir un establecimiento en México del comerciante, con el consecuente riesgo de que se dejen inauditos a los acreedores mexicanos, al pagarse con los bienes del comerciante únicamente a los créditos extranjeros, lo cual sería conculcatorio del derecho de igualdad entre los acreedores mexicanos y extranjeros. Por otro lado, el segundo supuesto previsto en el artículo 294 de la Ley de Concursos Mercantiles, se refiere a cuando el procedimiento extranjero a reconocer versa sobre un comerciante que no tiene un establecimiento en la República mexicana, caso en el cual, el procedimiento debe seguirse exclusivamente entre el representante extranjero y el comerciante, debiendo tramitarse el mismo en la vía incidental, conforme a las disposiciones que para los incidentes se contienen en el título décimo de la Ley de Concursos Mercantiles; sin necesidad de que en este procedimiento se aperture el concurso mercantil del comerciante, se practique la visita de verificación respectiva al comerciante, y se emita sentencia en la que se declare el concurso mercantil del propio comerciante, como sí fue exigido por el legislador para el diverso supuesto

relativo al reconocimiento de un procedimiento extranjero respecto de un comerciante que tiene establecimiento en nuestro país; lo cual es lógico, porque efectivamente cuando el comerciante no tiene establecimiento en México, es obvio que no le puede resultar acreedor alguno en este país, precisamente por la falta de un establecimiento en la República mexicana donde pueda ejercer actos de comercio.

DECIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

Amparo en revisión 361/2004. Jacobo Xacur Eljure. 27 de octubre de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo viuda de Magaña Cárdenas. Secretario: Fidel Quiñones Rodríguez”.

V. HACIA UN NUEVO MARCO JURÍDICO PARA LOS ASPECTOS INTERNACIONALES DE LA INSOLVENCIA.

La sociedad contemporánea se desarrolla en un contexto de globalización que se intensifica cada vez más. Las fronteras están cada día más difuminadas para dar paso a la idea de la aldea global, que como tal tiene problemas globales que requieren soluciones globales. En este contexto, es menester hacer un análisis de algunos casos significativos (1) para a partir de ahí de manera inductiva analizar el panorama general y presentar nuestras propuestas (2).

1. Estudio de casos.

Un caso interesante para el análisis es el de Agra Services of Canada Inc, que fue resuelto por el Juez Segundo de Distrito en Materia Civil en el Estado de Jalisco el día 23

de febrero de 2012. El demandante en este caso era Deloitte & Touche Inc y sus pretensiones estuvieron basadas en los artículos 292 y 294 de la Ley de Concursos Mercantiles, y en sus aspectos principales se referían a la declaración judicial de reconocimiento de procedimiento extranjero principal, el reconocimiento de su poderdante como representante extranjero y la cooperación internacional prevista en la Ley de Concursos Mercantiles. La discusión en el presente caso se centra en si el comerciante tiene efectivamente un establecimiento en México. Las razones argumentativas del tribunal se expusieron de la siguiente manera:

*No se desatiende que tal supuesto se actualiza ante la existencia de un establecimiento en territorio nacional y si bien es cierto que en la solicitud en estudio establece como domicilio de la empresa quebrada *****, también hace referencia a la existencia de una “importante cantidad de operaciones con empresas mexicanas como se demuestra con los contratos de ventas que contienen la instrumentación de las operaciones que el Comerciante venía celebrando con las mismas en las que se fija como jurisdicción la ciudad de *****.” Contratos que se tienen a la vista en los que se advierten que realizó operaciones de compraventa con *****, contratos que fueron celebrados en territorio nacional, específicamente en la ciudad de *****, y se sometieron expresamente a los tribunales de dicha ciudad; es decir, aun cuando aduzcan que no tiene un establecimiento permanente en este país, sí realizó actos de comercio, además de que también refiere que a dicho Comerciante se le realizaron una serie de notificaciones en esta ciudad, y de los documentos que adjunta obra el anexo once, en el que consta un correo electrónico al licenciado *****, con domicilio en calle *****, en el que manifiestan tener conocimiento de que es el asesor del Comerciante*

*en este país, lo cual fue confirmado por el mencionado ***** en la respuesta a dicho correo; así como el diverso anexo 12 que adjunta, consistente en el folleto bilingüe, inglés-español, donde ofrecía sus servicios como compañía Comercializadora Internacional y sus compañías subsidiarias para la compra o venta de productos y materiales de producción, así como venta de inventario, en el cual refiere que tiene oficinas en territorio nacional cuando refieren: “Con oficinas ubicadas en ***** cuenta con la habilidad y los recursos para responder profesionalmente a sus requerimientos.”*

Así las cosas, el juez decidió no admitir el asunto debido a que consideró que la empresa no tenía un domicilio en México. En este punto es importante dilucidar cuáles son los elementos que deben de existir para que se considere la existencia de un establecimiento en términos del artículo 294 de la Ley de Concursos Mercantiles.

Posteriormente, el 13 de junio de 2012 el Tribunal modifica su argumentación previa derivada de un recurso de revocación y ahora se establece lo siguiente:

*Por lo tanto, si con los documentos valorados con anterioridad se advierte la existencia de un domicilio a nombre de *****, ubicado en *****, con los recibos de servicios de energía eléctrica y telefonía, así como la celebración de un contrato colectivo de trabajo en el que constan las condiciones laborales de los trabajadores de dicha persona moral, el propio correo electrónico en el que el ahora Síndico hizo del conocimiento el informe preliminar de la Quiebra, en el que se aprecia que tienen conocimiento de que la oficina principal de operaciones está ubicada en Guadalajara, Jalisco, lo cual se corrobora con las propias documentales que aportó el apoderado de*

*dicho Síndico *****., consistentes en contratos que se tienen a la vista en los que se advierten las operaciones de compraventa con ***** los cuales fueron celebrados en territorio nacional, específicamente en la ciudad de Guadalajara, Jalisco, y se sometieron expresamente a los tribunales de dicha ciudad; así como el documento informativo en idiomas inglés y español en el que publicitan sus servicios y en el que de manera expresa señala la existencia de oficinas en México, Canadá y Estados Unidos, para llevar a cabo las operaciones de compra o venta de productos y materiales de producción con experiencia en ventas internacionales con pericia particularmente en los mercados de México, países del Centro y Sur de América; así como un correo electrónico dirigido al licenciado *****., con domicilio en calle H*****., en el que manifiestan tener conocimiento de que es el asesor del Comerciante en este país, lo cual fue confirmado por el mencionado ***** en la respuesta a dicho correo; de manera que contrario a lo que en su momento manifestó el Síndico sí se advierte que exista Establecimiento de la empresa quebrada en este país pues se ubica en la ciudad de Guadalajara, Jalisco el principal lugar de operaciones de índole económico, el cual cuenta con medios humanos para sus funciones y que ofrecían servicios de compra o venta de productos y materiales de producción a nivel internacional.*

Así las cosas, lo que el tribunal valoró para considerar la existencia de un establecimiento en México fue lo siguiente: recibos de servicios de energía eléctrica y telefonía, la celebración de un contrato colectivo de trabajo, correos electrónicos y diversos documentos informativos de la propia empresa.

El establecimiento, es definido como “todo lugar de operaciones en el que el Comerciante ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios”. Ciertamente, la definición puede dar lugar a interpretaciones diversas tal y como ha ocurrido en otras jurisdicciones.

Un tribunal de Estados Unidos⁴³ resolvió un caso similar el 30 de marzo de 2009. El asunto versa sobre una persona que era ejecutiva de una empresa en Israel y posteriormente se muda a los Estados Unidos debido a los problemas financieros de la empresa. Después fue demandado por los acreedores en Estados Unidos con el objetivo del reconocimiento de su procedimiento como procedimiento extranjero ya sea principal o secundario. Aquí el punto a discusión fue el lugar donde se encuentra el centro principal de los intereses del deudor.

El centro principal de intereses es un concepto que no fue definido por la Ley Modelo y puede ser sujeto a interpretaciones por parte de los tribunales nacionales. A este respecto, el tribunal de los Estados Unidos examinó el concepto del centro principal de intereses a través del análisis concerniente al lugar de ubicación de los principales bienes del deudor, la ubicación de la mayoría de sus acreedores y la ley que sería aplicable.

Volviendo al caso en análisis, el tribunal de los Estados Unidos consideró que el centro principal de intereses no estaba en Israel. Al tomar su decisión, estos fueron alguno de los factores que el tribunal tomó en cuenta al momento de tomar su consideración final sobre el caso:

⁴³ U.S. District Court for the Southern District of Texas. Lavie v. Ran

- *Abandonó Israel casi diez años antes de que el representante extranjero solicitara el reconocimiento de un procedimiento extranjero.*
- *Fijó su residencia y obtuvo un empleo en Texas.*
- *Llevó a cabo sus actividades financieras exclusivamente en Texas, y dio a entender no tener intención alguna de regresar a Israel.*

El tribunal estadounidense también tomó en cuenta el concepto de establecimiento para el análisis de los criterios necesarios para considerar la posible existencia de un procedimiento extranjero secundario. A este respecto, el tribunal analizó la posible existencia de un centro de operaciones o de una actividad económica.

El caso de la empresa Vitro es también relevante para analizar la aplicación que ha tenido la ley modelo surgida a través de los trabajos de UNCITRAL. Vitro es una empresa formada en 1909 que opera a través de una cadena de subsidiarias. En el 2008, en tiempo de la recesión tuvieron problemas para pagar sus deudas y diversos procedimientos se iniciaron en su contra.

A partir del 2010, diversos acreedores presentaron procedimientos en los tribunales de Estados Unidos al amparo de la ley de insolvencia. Cabe destacar que los Estados Unidos también adoptó la Ley Modelo de UNCITRAL. Posteriormente, Vitro inició un procedimiento basado en el derecho mexicano y la Ley de Concursos Mercantiles, que después buscó fuera reconocido en los Estados Unidos.

El procedimiento en Estados Unidos inició el 2 de marzo de 2012, en el cual se buscaba ejecutar el plan de reorganización de Vitro realizado al amparo de la ley mexicana⁴⁴, en suma, de acuerdo al texto original en inglés lo que buscaba Vitro era lo siguiente:

Enforce the Mexican Plan of Reorganization of Vitro S.A.B. de C.V., Grant a Permanent Injunction, and Grant Related Relief

Como antecedente al procedimiento llevado a cabo en la jurisdicción de los Estados Unidos, se debe de señalar el procedimiento en México y la resolución del 3 de febrero de 2012 dictada por la juez cuarto de distrito en materias civil y de trabajo en Nuevo León que a la letra señala lo siguiente:

“PRIMERO. Este Juzgado de Distrito aprueba con carácter de sentencia y de autoridad de cosa juzgada, el convenio presentado por la comerciante concursada "Vidro", Sociedad Anónima Bursátil de Capital Variable y los acreedores indicados en el considerando cuarto de esta resolución.

SEGUNDO. El convenio aprobado, acorde a la parte considerativa del presente, obliga a todos los acreedores reconocidos así como a la comerciante.

TERCERO. Se ordena al Conciliador cancelar la inscripción registral de la sentencia de concurso mercantil, en el plazo de cinco días hábiles posteriores a que surta efectos la notificación de este fallo, para lo cual deberá expedírsele los oficios y copias certificadas necesarios.

CUARTO. Se da por terminado el procedimiento de concurso mercantil de la comerciante, sociedad mercantil denominada "Vitro", Sociedad Anónima Bursátil de Capital Variable, y como consecuencia, cesan en sus funciones los órganos del concurso.

QUINTO. Notifíquese por lista que se publique en los estrados de este juzgado, como se ordena en el artículo 265 de la Ley de Concursos Mercantiles”.

En este contexto, la decisión que tiene frente a sí el juez de Estados Unidos es la de reconocer o negar el reconocimiento a la sentencia mexicana anteriormente señalada. Para fundamentar su decisión, se tiene que basar en el título 11, capítulo 15 del US Code que adopta la ley modelo de UNCITRAL.

Si el juez de los Estados Unidos rechaza el reconocimiento a la resolución mexicana, podría basar su decisión en el artículo 1506 del U.S. Code que en el idioma original establece lo siguiente:

“Nothing in this chapter prevents the court from refusing to take an action governed by this chapter if the action would be manifestly contrary to the public policy of the United States”.

Por el contrario, si el juez de los Estados Unidos decide otorgar el reconocimiento a la resolución mexicana, se estaría basando en los principios de reciprocidad y cortesía establecidos en los artículos 1507 y 1521 que a continuación se transcriben en su idioma original:

“Art 1507: (a) Subject to the specific limitations stated elsewhere in this chapter the court, if recognition is granted, may provide additional assistance to a foreign representative under this title or under other laws of the United States.

(b) In determining whether to provide additional assistance under this title or under other laws of the United States, the court shall consider whether such additional assistance, consistent with the principles of comity, will reasonably assure—

(1) just treatment of all holders of claims against or interests in the debtor’s property;

(2) protection of claim holders in the United States against prejudice and inconvenience in the processing of claims in such foreign proceeding;

(3) prevention of preferential or fraudulent dispositions of property of the debtor;

(4) distribution of proceeds of the debtor’s property substantially in accordance with the order prescribed by this title; and

(5) if appropriate, the provision of an opportunity for a fresh start for the individual that such foreign proceeding concerns.

Art 1521: (a) Upon recognition of a foreign proceeding, whether main or nonmain, where necessary to effectuate the purpose of this chapter and to protect the assets of the debtor or the interests of the creditors, the court may, at the request of the foreign representative, grant any appropriate relief, including—

(1) staying the commencement or continuation of an individual action or proceeding concerning the debtor’s assets, rights, obligations or liabilities to the extent they have not been stayed under section 1520 (a);

(2) staying execution against the debtor’s assets to the extent it has not been stayed under section 1520 (a);

(3) suspending the right to transfer, encumber or otherwise dispose of any assets of the debtor to the extent this right has not been suspended under section 1520 (a);

(4) providing for the examination of witnesses, the taking of evidence or the delivery of information concerning the debtor's assets, affairs, rights, obligations or liabilities;

(5) entrusting the administration or realization of all or part of the debtor's assets within the territorial jurisdiction of the United States to the foreign representative or another person, including an examiner, authorized by the court;

(6) extending relief granted under section 1519 (a); and

(7) granting any additional relief that may be available to a trustee, except for relief available under sections 522, 544, 545, 547, 548, 550, and 724 (a).

(b) Upon recognition of a foreign proceeding, whether main or nonmain, the court may, at the request of the foreign representative, entrust the distribution of all or part of the debtor's assets located in the United States to the foreign representative or another person, including an examiner, authorized by the court, provided that the court is satisfied that the interests of creditors in the United States are sufficiently protected”.

En el análisis del caso, el juez de los Estados Unidos señaló que no existe una definición con respecto a qué se debe considerar que es “manifiestamente contrario al orden público” tal y como lo manifiesta el artículo 1506 de la legislación de los Estados Unidos que a su vez corresponde al artículo 6 de la Ley Modelo de UNCITRAL.

Finalmente, el juez de los Estados Unidos concluyó que una porción de la resolución mexicana no debe de ser ni ejecutada ni reconocida en los Estados Unidos. El

juez dejó en claro que, aunque hubo argumentos que se centraron en la corrupción del sistema legal mexicano, éstos no fueron tomados en cuenta al momento de dictar la resolución.

Aquí convenien tener presente algunas consideraciones que se emitieron respecto de la concursada en comento, en términos de lo que resolvió el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Distrito de Texas, pues resulta de sumo interes el análisis efectuado por dicho Tribunal y que para mayor comprensión se inserta en términos literales en traducción certificada, como sigue.

“...Como se constata, § 303(h)(1) del Código establece que la reparación voluntaria sólo puede presentarse cuando, entre otros, “el deudor por lo general no está pagando dichas deudas del deudor, y dichas deudas se vencen”. Cuando un deudor por lo general está pagando sus deudas conforme se vencen es una cuestión de hechos, y este tribunal revisa la investigación de hechos del tribunal de quiebras para esclarecer errores. Por ejemplo, In re Concrete Pumping Serv., Inc., 943 F.2d 627, 630 (6° Cir. 1991) (“Normalmente la cuestión de si el deudor está generalmente pagando sus deudas conforme se vencen es una cuestión de hechos, y las resoluciones del tribunal de quiebras no se alteran a menos de que estén claramente erróneas”).

Bajo § 303(h), “generalmente no paga sus deudas incluye regularmente la falta de un número significativo de pagos a acreedores o regularmente la falta de pagos que son significativos en cantidad en relación al tamaño de la operación del deudor”. In re All Média Props., Inc., 5 B.R. 126, 143 (Bankr. S.D. Tex. 1980) declaración jurada basada en

la opinión del tribunal de quiebras, 646 F.2d 193 (5° Cir. Unidad A mayo 1981) (per curiam). Los Jueces de quiebra en este tribunal aplican una prueba de cuatro factores para determinar si un supuesto deudor no está generalmente pagando sus deudas conforme se vencen. Véase In re Moss, 249 B.R. 411, 422 (Bankr. N.D. Tex. 2000). Bajo esta prueba, el tribunal valora “(1) el número de reclamos insolutos; (2) el monto de dichos reclamos; (3) la importancia de los pagos insolutos; y (4) la conducta general del deudor en [sus] asuntos financieros.” Id. en 422 (citando In re Norris, 183 B.R. 437, 456-57 (Bankr. W.D. La. 1995)). Pero el estándar relevante para determinar si un supuesto deudor está generalmente pagando sus deudas no es mecánico. Véase All Media Props., 5 B.R. en 143. “Más bien, es flexible e implica la valoración de la totalidad de las circunstancias y requiere un balance de los intereses del supuesto deudor contra los intereses de sus acreedores”. In re Petro Fill Inc., 144 BR. 26, 30 (Bankr. W.D. Pa. 1992)).

B

De acuerdo a la evidencia aducida en el juicio, los Supuestos Deudores Operativos no estaban pagando más de 99.9% de sus deudas no garantizadas. Desde el 17 de noviembre de 2010, Vitro Packaging debía \$1,540,834,234.00 en deuda total, sólo \$821,414.00 de lo que se debía aparte de lo que debía como garante en los Bonos Vitro. Vitro Chemicals debía \$1,541,321.41 en deuda total, sólo \$334,234.00 de lo que se debía aparte de lo que debía como garante en los Bonos Vitro. Y VVP debía \$1,540,518,460 en deuda total, sólo \$ 18,460 de lo que se debía aparte de lo que debía como garante en los Bonos Vitro. En otras palabras, la evidencia del juicio mostró que la deuda de los Bonos Vitro representaba 99.9% de la deuda total de cada uno de los Supuestos Deudores Operativos.

Los demandados en apelación adujeron evidencia al juicio de que Vitro Chemicals y Vitro Packaging procesan aproximadamente 170 y 290 facturas por mes, respectivamente, y que VVP procesa aproximadamente 66 facturas por mes, todo a cuenta de la deuda de comercio. El tribunal de quiebras parece haberse basado en esta evidencia al descubrir que los Supuestos Deudores Operativos en lo general estaban pagando sus deudas conforme se vencían. El tribunal de quiebras descubrió que “[c]ada uno de los Supuestos Deudores Operativos tiene un número importante de proveedores de comercio terceros que están siendo pagados”. 2603 R. 27. También sostuvo que, “[a] pesar de que las deudas insolutas a los Acreedores Peticionarios excedían las deudas pagadas en monto, las únicas deudas no pagadas debidamente son las obligaciones de garantía que se deben mancomunada y solidariamente con otros 48 garantes afiliados y la matriz [Vitro SAB]”. Id. Basado en estos factores, y considerando la “totalidad de las circunstancias”, el tribunal de quiebras descubrió que los Supuestos Deudores Operativos en lo general estaban pagando sus deudas conforme se vencían. Id.

El tribunal reconoce que, bajo el estándar de error manifiesto, no encuentra hechos, no puede ver la evidencia de manera distinta como una cuestión de elección, y que la perspectiva única del juez de quiebras para valorar a los testigos y considerar el contexto total de la evidencia debe ser respetada. El tribunal también reconoce que el tribunal de quiebras estaba aplicando una prueba flexible que valora la totalidad de las circunstancias y requiere un balance de los intereses del supuesto deudor contra los intereses de sus acreedores. Aun así, los demandados en apelación no han citado, y el tribunal no ha encontrado, ni un caso reportado en el que un tribunal de quiebras haya descubierto en circunstancias similares, o un tribunal de apelación haya afirmado un

descubrimiento, de que el deudor en lo general estaba pagando sus deudas conforme se vencían. De hecho, los casos reportados invariablemente alcanzan la resolución opuesta. Véase, por ejemplo, Concrete Pumping Serv., 943 F.2d en 630 (que sostiene que el deudor no estaba pagando sus deudas conforme se vencían cuando el deudor estaba en incumplimiento en 100% de su deuda con sólo un acreedor); In re Fischer, 202 B.R. 341, 351 (E.D.N.Y. 1996) que sostiene que, a pesar de que había sólo dos deudas sobresalientes afirmadas en la petición involuntaria, donde el supuesto deudor estaba en incumplimiento con cada una de ellas, ambas excedían \$2.1 millones, y el registro no pudo establecer que el supuesto deudor estaba pagando, en términos de cantidades en dólares, una cantidad cercana a 50% de sus pasivos actuales, el supuesto deudor en lo general no estaba pagando sus deudas conforme se vencían); In re Smith, 415 B.R. 222, 231 (Bankr. N.D. Tex. 2009) (que sostiene que el acreedor había soportado su carga de establecer que el deudor en lo general no estaba pagando sus deudas conforme se vencían cuando los hechos presentados en el juicio mostraban que el deudor estaba pagando deudas pequeñas recurrentes, pero que “no estaba pagando noventa y nueve por ciento de sus deudas en monto total.”); Moss, 249 BR. en 422-23 (que sostiene que el deudor en lo general no había estado pagando sus deudas conforme se vencían cuando los reclamos insolutos contra el deudor consistían en aproximadamente 99% del monto de sus deudas totales); In re Kreidler Import Corp., 4 B.R. 256, 260 (Bankr. D. Md. 1980) (petición para reparación presentada donde la sola deuda mayor constituía cerca de 97% de las obligaciones totales del supuesto deudor). Por lo tanto, el tribunal se queda con la firme y definida convicción de que se cometió una equivocación al descubrir que los Supuestos Deudores Operativos en lo general estaban pagando sus deudas conforme se vencían.

Por las razones explicadas, la Orden de Deudas Pagaderas del 11 de abril de 2011 y la Orden de Demanda del 21 de abril de 2011 del tribunal de quiebras son REVOCADAS, y estos asuntos son REMITIDOS al tribunal de quiebras para procedimientos ulteriores consistentes con esta opinión...”

Otro caso en el que también se analizó la cuestión del orden público se resolvió en Canadá el 15 de febrero de 2012 en Canadá⁴⁵. La parte en el presente caso era Hartford Computer Hardware Inc y el asunto se derivó del reconocimiento en Canadá, de unos procedimientos abiertos en los Estados Unidos que fueron calificados como procedimientos extranjeros principales.

El tribunal en Estados Unidos emitió una resolución en el procedimiento en el cual aprobaba una “financiación al deudor en posesión, con una disposición sobre amortización parcial”. El tribunal canadiense tenía que considerar si había una violación al orden público. En su argumentación, el tribunal fundamentó sus consideraciones en la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de UNCITRAL, que en lo que respecta al orden público a la letra señala lo siguiente:

“86. Al depender la noción de orden público del derecho interno, su contenido puede diferir de un Estado a otro, por lo que no se ha intentado definir esa noción en el artículo 6.

⁴⁵ Tribunal Superior de Justicia de Ontario

87. *En algunos Estados, se le da a la noción de orden público un sentido muy amplio que puede referirse en principio a cualquier regla de derecho imperativo interno. Sin embargo, son muchos los Estados en los que la excepción de orden público está restringida a los principios fundamentales del derecho y, en particular, a las garantías de rango constitucional; En estos Estados sólo se invocaría la excepción de orden público para denegar la aplicación de una norma extranjera, o para denegar el reconocimiento de una resolución judicial o de un laudo arbitral extranjero cuando esa aplicación o reconocimiento daría lugar a la violación de uno de esos principios fundamentales.*

88. *Conviene recordar, respecto de la aplicabilidad de la excepción de orden público en el contexto de la Ley Modelo, que en un creciente número de países se observa una dicotomía entre la noción de orden público aplicable a cuestiones internas y la noción de orden público aplicable en cuestiones de cooperación internacional y al reconocimiento de los efectos de normas legales extranjeras. En este último supuesto en particular es donde se suele dar a la noción de orden público una interpretación más restrictiva que la del orden público interno. Esta dicotomía refleja el deseo de no obstaculizar indebidamente la cooperación internacional con una interpretación amplia del orden público.*

89. *La finalidad de la palabra "manifiestamente", utilizada en muchos otros textos internacionales como calificativo de toda violación significativa del "orden público", es la de subrayar que la excepción de orden público ha de interpretarse restrictivamente y la de que sólo debe invocarse el artículo 6 en circunstancias excepcionales concernientes a asuntos de importancia fundamental para el Estado*

Promulganteç”.

Finalmente, el tribunal canadiense decidió interpretar de manera restrictiva la cuestión de orden público y permitir el mandamiento emitido por el tribunal de los Estados Unidos.

2. Propuesta para un nuevo marco jurídico para los aspectos internacionales de la insolvencia.

De acuerdo a lo anteriormente analizado y fundamentado, a continuación se presentan una serie de elementos que a nuestra consideración son necesarios tomar en cuenta para establecer los cimientos de lo que será un nuevo marco jurídico para los aspectos internacionales de la insolvencia.

Los elementos que presentamos a consideración van desde lo más básico e inmediato a lo más complejo y ambicioso. Consideramos que pequeños cambios graduales pueden generar una intensificación para mejorar el sistema de los concursos mercantiles internacionales.

- Visión internacionalista.

Existen posturas que van en el sentido de señalar que la Constitución federal de nuestro país mantiene una visión internacionalista

Ahora bien, bajo un diverso enfoque del problema y, partiendo siempre de la interpretación sistemática del texto constitucional, se puede considerar que la Constitución

*mexicana contiene en su texto una visión internacionalista, es decir, que hace referencia a diversos principios, dispersos en varios de sus preceptos, en los cuales claramente se advierte una vocación para la convivencia pacífica con las naciones que integran la comunidad internacional.*⁴⁶

Sin embargo, las posturas internacionalistas aún no son totalmente aceptadas por la comunidad jurídica mexicana. En efecto, muchos operadores y actores del derecho mantienen una visión nacionalista e incluso chovinista frente al orden jurídico internacional. Lo anterior, puede potencialmente generar complicaciones al momento de buscar armonizar y unificar el derecho frente a los procesos de la globalización.

Si persisten visiones netamente nacionalistas dentro de la aplicación y argumentación del derecho en México, ¿cómo intentar aplicar el origen internacional de la Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza?

El riesgo y las implicaciones son importantes. Por ejemplo, si los jueces de cada Estado realizan una interpretación basada únicamente en los principios del orden jurídico interno, la Ley Modelo pasaría totalmente a segundo plano y funcionaría a lo mucho, como una serie de principios generales sobre la insolvencia transfronteriza.

Por lo anterior, creemos fundamental promover los principios del orden jurídico internacional para que todos los operadores y actores del derecho en nuestro país, puedan

⁴⁶ AMPARO EN REVISIÓN 1738/2005. Ponente: ministro Mariano Azuela Güitrón. P.24.

tener una visión más amplia. Esto de ninguna manera es una tarea sencilla sino que requiere de la ayuda de toda la comunidad jurídica incluyendo principalmente a las universidades de derecho y al sector académico.

Se han dado pasos importantes para reconocer la visión internacionalista del derecho. Uno de esos pasos fue la reforma en materia de derechos humanos realizada en México. A partir de la reforma mencionada, se ha reconocido que en México “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Lo anterior de conformidad con la redacción que se establece en el primero artículo de nuestra Constitución. En esta parte de la Constitución se aprecia una clara visión internacionalista al permitir la construcción normativa a través del derecho internacional.

En el tema del concurso mercantil internacional es necesario contar con jueces que tengan una visión internacionalista para dar coherencia al sistema y llevar hacia una verdadera armonización y unificación del derecho. Los procesos de globalización son una realidad y los procesos jurídicos internacionales demandan un sistema que pueda dar respuestas a los retos presentados en el ámbito internacional.

- Protocolo de comunicación entre los jueces.

Un punto importante en los procedimientos judiciales con elementos internacionales es la comunicación entre los jueces, que debe tener por objetivo mejorar la

coordinación entre autoridades y buscar que el proceso pueda tener la mayor fluidez posible sin dilaciones innecesarias.

Tradicionalmente, la comunicación de un juez con otro juez en una jurisdicción distinta se hacía a través de canales diplomáticos que en muchas ocasiones generaba retrasos en el procedimiento. En efecto, la comunicación a través de los canales diplomáticos implica primero que el juez tiene que dirigirse a sus autoridades nacionales quienes a su vez tendrán que dirigirse hacia los conductos diplomáticos del otro país quienes mandarían la comunicación al juez de destino. En la anterior simplificación del procedimiento de comunicación entre un juez nacional y uno extranjero, se observa que la comunicación no es directa entre los jueces sino que se tiene que recurrir a otras instancias que obstruyen y dificultan la fluidez del procedimiento y por tanto se limita el dinamismo que todo proceso judicial debería de tener.

En este ámbito, se han realizado importantes esfuerzos, principalmente a través de la Red Internacional de Jueces de la Haya. En efecto, ya desde 1998 que se realizó el seminario para jueces en De Ruwenberg, esta red discutió el tema de la comunicación entre jueces. Así, en el marco del Convenio de la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores se han realizado avances importantes en la comunicación entre los jueces.

La Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez, señala los siguiente principios que se deberán seguir en las comunicaciones directas judiciales internacionales:

“El principio general en las comunicaciones judiciales directas internacionales es el de procurar la mayor flexibilidad y rapidez posibles, de manera de alcanzar la mayor eficacia. Los límites sobre el contenido y alcance de la comunicación quedarán sujetos al criterio de cada Juez o Magistrado en el caso dado, quien, siempre deberá observar su orden público en materia de derechos fundamentales y nunca invadir las competencias decisorias del otro Juez o Magistrado.

El Juez o Magistrado requirente puede referirse a todas aquellas cuestiones, tanto de hecho como de derecho que considere pertinentes para la resolución del caso. Los límites y alcances serán los de su propio ordenamiento jurídico.

El Juez o Magistrado requerido procurará brindar al Juez o Magistrado requirente la máxima información y colaboración que le resulte posible.

Quedará a criterio del Juez o Magistrado requirente utilizar los medios y formas que considere necesarias para poder servirse de la información proporcionada por el Juez o Magistrado requerido en el caso dado.

De ser solicitado, el Juez o Magistrado requerido procurará cumplir con aquellas formas solicitadas por el Juez o Magistrado requirente en tanto las mismas no le signifiquen vulnerar ninguna de las obligaciones propias de su función.

En el caso de que como resultado de la comunicación ambos Jueces o magistrados acuerden tomar alguna medida en sus respectivos casos, cada uno de ellos se ocupará de guardar las formas que fueran necesarias en sus respectivos sistemas para hacer efectiva la medida acordada.

El derecho interno de cada Juez o Magistrado –requerido o requirente determinará las condiciones procesales necesarias para incluir los resultados de la comunicación judicial directa en la causa que tramita en su jurisdicción”.

En este contexto, vale la pena señalar también las pautas aplicables a las comunicaciones tribunal a tribunal en casos transfronterizos. Estas pautas fueron realizadas por el American Law Institute en el marco de los principios de cooperación entre los países signatarios del Tratado de Libre Comercio para América del Norte.

Las pautas contienen una serie de 17 puntos que no son estáticos sino que están diseñados para que se adapten y puedan ser modificados para casos particulares, y uno de sus objetivos es fomentar y facilitar la cooperación en casos internacionales de insolvencia. Uno de los elementos centrales de las pautas aplicables a las comunicaciones tribunal a tribunal en casos transfronterizos, es la señalada en el numeral seis que en su idioma original establece lo siguiente:

“Communications from a Court to another Court may take place by or through the Court:

(a) Sending or transmitting copies of formal orders, judgments, opinions, reasons for decision, endorsements, transcripts of proceedings, or other documents directly to the other Court and providing advance notice to counsel for affected parties in such manner as the Court considers appropriate;

(b) Directing counselor a foreign or domestic Insolvency Administrator to transmit or deliver copies of documents, pleadings, affidavits, factums, briefs, or other documents that are filed or to be filed with the Court to the other Court in such fashion as may be appropriate and providing advance notice to counsel for affected parties in such manner as the Court considers appropriate;

(c)Participating in two-way communications with the other Court by telephone or video conference call or other electronic means, in which case Guideline 7 should apply”.

Las pautas establecen la videoconferencia o cualquier otro medio electrónico para la comunicación entre autoridades. Es claro que se debe de trabajar en la profundización de la cooperación internacional en materia judicial por medio de un protocolo que establezca de forma transparente la forma en que se deberán comunicar las partes judiciales en los procedimientos internacionales.

La construcción de un protocolo para la comunicación entre los jueces va a generar mayor transparencia al sistema internacional contemporáneo. Además, es una herramienta necesaria para hacer más eficiente y ágil los procedimientos de concursos mercantiles internacionales.

- Tribunal internacional.

Ya hemos señalado lo establecido por el artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas, desde este punto de partida, tenemos que hay asuntos que pertenecen a la jurisdicción interna de los Estados pero también hay asuntos que pertenecen al orden internacional.

Hoy en día, cada vez son más los asuntos que sobrepasan el contexto y los límites nacionales para llegar a ser parte del interés de la comunidad internacional. En este contexto, es menester analizar la posibilidad de que verdaderos tribunales internacionales

puedan conocer de los procedimientos de insolvencia que tengan una conexión internacional.

Anteriormente, han existido propuestas para crear un Tribunal Constitucional Internacional⁴⁷ que trate sobre los elementos constitucionales del derecho internacional. A partir de este concepto, ¿podría ser de utilidad un tribunal internacional sobre insolvencia transfronteriza?

Las ventajas de contar con un tribunal de esta naturaleza se encuentran en la posibilidad de armonizar la jurisprudencia en materia de concursos mercantiles internacionales así como mayor certeza y previsibilidad del sistema.

El Tribunal Internacional sobre Insolvencia Transfronteriza sería un tribunal de apelación, a donde se pueda acudir en caso de que la decisión del tribunal nacional no haya sido favorable. Este es una fórmula que garantiza la coherencia del sistema y que no se tengan decisiones divergentes sobre un mismo texto jurídico.

⁴⁷ Orrego Vicuña, Francisco. *“International Dispute Settlement in an evolving global society”* (Cambridge University Press. USA, 2004) P. 27. “Either way, the possibility exists that one day states may consider the establishment of a constitutional court that would function independently of the United Nations, but have necessary links with the Organization. Discussions on this proposal were held on the occasion of the Centennial Commemoration of the First Peace Conference and concluded with a temporizing recommendation that it should be subject to further study. It was also noted that the International Court of Justice already fulfils a constitutional role within the United Nations system, protecting it from disintegration; on the other hand, it was pointed out that in many domestic legal systems a Constitutional Court and a Supreme Court exist side by side.”

La construcción de un Tribunal Internacional sobre Insolvencia Transfronteriza va a permitir el fortalecimiento del orden jurídico internacional y a fomentar el diálogo y la cooperación entre los Estados.

- Consejo Global.

Una de las conclusiones naturales al tema de los aspectos internacionales de la insolvencia, es que estamos frente a una situación que presenta retos globales y por lo tanto, las soluciones deben de ser globales también. En los procesos de globalización intensa que actualmente estamos viviendo, se hace necesario reconocer la necesidad de contar con herramientas globales de comunicación.

En el 2001, el Panel de Alto Nivel para el Financiamiento para el Desarrollo presentó su reporte (también conocido como el reporte Zedillo) que contó con el liderazgo del expresidente de México Ernesto Zedillo. En el mencionado reporte, una de las recomendaciones fue la creación de un Consejo Global que tuviera el suficiente nivel para proveer liderazgo en los asuntos de la gobernanza global. Aunque la idea de este Consejo fue presentada originalmente en 1995, con el reporte de la Comisión de Gobernanza Global. Entre las funciones de este Consejo estarían las de establecer una política de largo plazo que promueva el desarrollo, garantice la consistencia de las principales metas de las organizaciones internacionales y promover la construcción de consensos entre los Estados.

Las funciones que tendría el Consejo Global están pensadas para ser amplias y sobre diversos temas. Sin embargo, en el tema específico de los concursos mercantiles internacionales, creemos que es un tema que debería incluirse en el Consejo Global.

Se ha analizado cómo participaron diversos Estados y organismos en el devenir histórico de los procesos normativos de los concursos mercantiles internacionales. Creemos que en los procesos de globalización contemporáneos, se hace necesario contar con un Consejo Global que sería el encargado de promover y nutrir todos los demás esfuerzos de organizaciones privadas, internacionales o de Estados. Lo anterior, teniendo presente de que se trata de complementar esfuerzos y no de duplicarlos.

El Consejo Global, en los temas específicos de los concursos mercantiles internacionales, serviría para organizar y difundir los trabajos del Tribunal Internacional anteriormente comentado. Además, trabajaría en coordinación con la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en los temas de su competencia, incluyendo por supuesto al concurso mercantil internacional.

CONCLUSIONES

El debate de los aspectos internacionales del concurso mercantil presenta a dos grandes visiones: el de la universalidad y el de la territorialidad. Estas dos visiones sobrepasan nuestro tema de estudio y se han convertido en debates de la aplicación misma del derecho. Sin embargo, la construcción del proceso de globalización requiere nuevos

paradigmas que puedan resolver los retos comunes de la humanidad. Por tal motivo, es imprescindible profundizar los sistemas que proporcionen una respuesta global que no esté limitada por fronteras ni paradigmas obsoletos.

Los aspectos internacionales de los concursos mercantiles han estado presentes desde hace más de cuatro siglos. Las respuestas que se dieron han sido diversas y muchas de ellas sirvieron para nutrir el marco jurídico moderno que hoy en día regula los procesos de insolvencia transfronteriza.

Los Estados, organizaciones internacionales y las organizaciones académicas y/o de profesionistas, han cooperado activamente en la construcción del sistema normativo contemporáneo. Todos estos esfuerzos han sido en lo general dispersos, lo que activa la necesidad de contar con un elemento unificador que tome un papel de liderazgo y organización en los debates futuros.

Del contexto anteriormente descrito, se gesta la Ley Modelo de la UNCITRAL como una herramienta que los Estados pueden adoptar con el objetivo de armonizar y unificar el derecho mercantil internacional. La Ley Modelo surgió de una serie de debates y eventos académicos de donde varias posturas se presentaron.

La ley no surge en abstracto sino que se nutre de la cosmovisión en un tiempo y lugar determinados. De esta manera, no es casual que a modificación a la legislación mexicana se haya dado en un contexto de intensificación de la apertura comercial debido a las tesis neoliberales. Es así que la ley mexicana recoge de alguna manera la experiencia

internacional para la construcción normativa interna de los aspectos internacionales del concurso mercantil.

Ante este panorama contemporáneo, ¿cuáles son los debates que deben seguir? El tema de los aspectos internacionales del concurso mercantil no está para nada acabado. Al contrario, es necesario sentar las bases para un nuevo marco jurídico para los aspectos internacionales de la insolvencia. Dicho nuevo marco jurídico no es del todo “nuevo”, en la medida que su objetivo es continuar con el camino para intensificar la cooperación internacional y los procesos de globalización.

BIBLIOGRAFÍA

- Arribas Hernández, Alberto. *Derecho concursal*. (Grupo Editorial El Derecho. Madrid, 2012)
- Balestra, Ricardo. *Manual de Derecho Internacional Privado*. (Alfredo Perrot. Buenos Aires)
- Berglund, Mikael. *Cross border enforcement of claims in the EU: History, present time and future*. (Kluwer Law International. The Netherlands, 2009)
- Calavia Molinero, José Manuel. *Derecho mercantil*. (UOC. España, 2009)
- Cueto Alvarez de Sotomayor, José Ma et alli. *La armonización del derecho mercantil en Africa impulsada por la OHADA*. (Gobierno de España. España, 2011)
- De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael. *Diccionario de derecho*. (Editorial Porrúa. México, 2000)

- Gadea, Enrique. *Iniciación al estudio del derecho concursal*. (Dykinson. Madrid, 2005)
- Guerrero, Sergio. *Derecho Internacional Privado*. (Porrúa. México, 2006)
- Leonel Pérez Castro y Jorge Silva Silva. *Derecho Internacional Privado. Parte especial*. (Oxford. México, 2000)
- Lopucki, Lynn. *Cooperation in international bankruptcy: a post universalist approach*. (Cornell Law Review. Vol 84)
- Machuca Montes, Afredo. *Concursos mercantiles en los Estados Unidos Mexicanos*. (Insol México. México, 2007)
- Monsálvez Muller, Aldo. *Del cumplimiento en Chile de resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros*. (Editorial Andrés Bello. Chile, 1973)
- Nadelmann, Kurt. *Conflict of laws: International and interstate*. (Martinus Nijhoff. The Hague, 1972)
- Nieto Salinas, Andrés. *Administración de empresas*. Vol I. (Mad. España, 2004)
- Orrego Vicuña, Francisco. *“International Dispute Settlement in an evolving global society”* (Cambridge University Press. USA, 2004)
- Ortiz Ahlf, Loretta. *Derecho internacional público*. (Oxford. México, 2004)
- Portales Truebas, Cristina. *Derecho mercantil mexicano*. (Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. México, 2002)
- Pulgar Ezquerro, Juana. *La declaración del concurso de acreedores*. (La Ley. Madrid, 2005)

- Quevedo Coronado, Ignacio. *Derecho mercantil*. (Pearson Prentice Hall. México, 2004)
- Rodriguez Olivera, Nuri. Report for Uruguay. In Fletcher, Ian (ed) *Cross border insolvency*. (Max Planck. Tubingen, 1992)
- Rudolf Bernhardt. *Encyclopedia of public international law*. 7 (Elsevier science publishers. Netherlands, 1984)
- Somerville Senn, Hernan. *Uniformidad del derecho internacional privado convencional americano*. (Editorial Jurídica de Chile. Chile, 1965)
- Stein, Peter. *El derecho romano en la historia de Europa*. (Siglo XXI. España, 2001)
- Wesels, Bob. *International insolvency law*. (Kluwer. Netherlands, 2006)
- Wood, Philip. *Principles of international insolvency*. (Sweey & Maxwell. UK, 2007)
- Zavala Francisco. *Derecho internacional privado*. (La Europea. México, 1903)

ANEXOS.

Título Décimo Segundo de la Ley de Concursos Mercantiles.

Artículo 278.-

Las disposiciones de este Título serán aplicables a los casos en que:

I. Un Tribunal Extranjero o un Representante Extranjero solicite asistencia en la República Mexicana en relación con un Procedimiento Extranjero;

II. Se solicite asistencia en un Estado extranjero en relación con un procedimiento que se esté tramitando con arreglo a esta Ley;

III. Se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo Comerciante un Procedimiento Extranjero y un procedimiento en la República Mexicana con arreglo a esta Ley, o

IV. Los acreedores u otras personas interesadas, que estén en un Estado extranjero, tengan interés en solicitar la apertura de un procedimiento o en participar en un procedimiento que se esté tramitando con arreglo a esta Ley.

Artículo 279.-

Para los fines de este Título:

I. Por Procedimiento Extranjero se entenderá el procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo incluido el de índole provisional, que se siga en un Estado extranjero con arreglo a una ley relativa al concurso mercantil, quiebra o insolvencia del Comerciante y en virtud del cual los bienes y negocios del Comerciante queden sujetos al control o a la supervisión del Tribunal Extranjero, a los efectos de su reorganización o liquidación;

II. Por Procedimiento Extranjero Principal se entenderá el Procedimiento Extranjero que se siga en el Estado donde el Comerciante tenga el centro de sus principales intereses;

III. Por Procedimiento Extranjero no Principal se entenderá un Procedimiento Extranjero, que se siga en un Estado donde el Comerciante tenga un establecimiento de los descritos en la fracción VI de este artículo;

IV. Por Representante Extranjero se entenderá la persona o el órgano, incluso el designado a título provisional, que haya sido facultado en un procedimiento extranjero para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del Comerciante o para actuar como representante del Procedimiento Extranjero;

V. Por Tribunal Extranjero se entenderá la autoridad judicial o de otra índole que sea competente a los efectos del control o la supervisión de un Procedimiento Extranjero, y

VI. Por Establecimiento se entenderá todo lugar de operaciones en el que el Comerciante ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios.

Artículo 280.-

Las disposiciones de este Título se aplicarán cuando no se disponga de otro modo en los tratados internacionales de los que México sea parte, salvo que no exista reciprocidad internacional.

Artículo 281.-

Las funciones a las que se refiere este Título relativas al reconocimiento de Procedimientos Extranjeros y en materia de cooperación con Tribunales Extranjeros serán ejercidas de acuerdo con las disposiciones de esta Ley, por el juez, el Instituto o la persona que este último designe.

Artículo 282.-

El visitador, el conciliador o el síndico, estarán facultados para actuar en un Estado extranjero, en la medida en que lo permita la ley extranjera aplicable, en representación de un concurso mercantil que se haya abierto en la República Mexicana de acuerdo con esta Ley.

Artículo 283.-

Nada de lo dispuesto en este Título podrá interpretarse en un sentido que sea contrario a lo dispuesto en los **Títulos I** a XI y XIII de esta Ley, o de cualquier manera que sea contraria a los principios fundamentales de derecho imperantes en la República Mexicana. En consecuencia, el juez, el Instituto, el visitador, el conciliador o el síndico, se negarán a adoptar una medida, cuando ésta sea contraria a lo dispuesto en tales Títulos o pudiera violar los principios mencionados.

Artículo 284.-

Nada de lo dispuesto en este Título limitará las facultades que pueda tener el juez, el Instituto, el visitador, el conciliador o el síndico para prestar asistencia adicional al Representante Extranjero con arreglo a otras disposiciones legales en vigor en México.

Artículo 285.-

En la interpretación de las disposiciones de este Título habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

Capítulo II - Del acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales mexicanos

Artículo 286.-

Sujeto a las disposiciones de esta Ley, todo Representante Extranjero estará legitimado para comparecer directamente ante el juez en los procedimientos que regula esta Ley.

Artículo 287.-

El solo hecho de la presentación de una solicitud, por un Representante Extranjero, ante un tribunal de la República Mexicana, con arreglo a las disposiciones de este Título, no supone la sumisión de éste ni de los bienes y negocios del Comerciante en el extranjero, a la jurisdicción de los tribunales mexicanos para efecto alguno que sea distinto de la solicitud.

Artículo 288.-

Todo Representante Extranjero estará facultado para solicitar la apertura de un concurso mercantil con arreglo a esta Ley, si por lo demás se cumplen las condiciones para la apertura de ese procedimiento.

Artículo 289.-

A partir del reconocimiento de un Procedimiento Extranjero, el Representante Extranjero estará facultado para participar en cualquier concurso mercantil que se haya abierto con arreglo a esta Ley.

Artículo 290.-

Salvo lo dispuesto en el segundo párrafo, los acreedores extranjeros gozarán de los mismos derechos que los acreedores nacionales respecto de la apertura de un procedimiento en este Estado y de la participación en él con arreglo a esta Ley.

Lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo no afectará al orden de prelación de los créditos en un concurso mercantil declarado con arreglo a esta Ley, salvo que no se

asignará a los créditos de acreedores extranjeros una prelación inferior a la de los acreedores comunes.

Artículo 291.-

Siempre que con arreglo a esta Ley se haya de notificar algún procedimiento a los acreedores que residan en la República Mexicana, esa notificación deberá practicarse también a los acreedores extranjeros cuyo domicilio sea conocido y que no tengan un domicilio dentro del territorio nacional. El juez deberá ordenar que se tomen las medidas legales pertinentes a fin de notificar a todo acreedor cuyo domicilio aún no se conozca.

Esa notificación deberá practicarse a cada uno de los acreedores extranjeros por separado, a no ser que el juez considere que alguna otra forma de notificación sea más adecuada en las circunstancias del caso. No se requerirá carta rogatoria ni ninguna otra formalidad similar.

Cuando se haya de notificar a los acreedores extranjeros la apertura de un procedimiento, la notificación, además, deberá:

I. Señalar un plazo de cuarenta y cinco días naturales para la presentación de los créditos e indicar el lugar en el que se haya de efectuar esa presentación;

II. Indicar si los acreedores con créditos garantizados necesitan presentar esos créditos, y

III. Contener cualquier otra información requerida para esa notificación conforme a las leyes mexicanas y a las resoluciones del juez.

Capítulo III - Del reconocimiento de un procedimiento extranjero y medidas otorgables

Artículo 292.-

El Representante Extranjero podrá solicitar ante el juez el reconocimiento del Procedimiento Extranjero en el que haya sido nombrado.

Toda solicitud de reconocimiento deberá presentarse acompañada de:

I. Una copia certificada por el Tribunal Extranjero de la resolución por la que se declare abierto el Procedimiento Extranjero y se nombre el Representante Extranjero;

II. Un certificado expedido por el Tribunal Extranjero en el que se acredite la existencia del Procedimiento Extranjero y el nombramiento del Representante Extranjero, o

III. En ausencia de una prueba conforme a las fracciones I y II, acompañada de cualquier otra prueba admisible por el juez de la existencia del Procedimiento Extranjero y del nombramiento del Representante Extranjero.

Toda solicitud de reconocimiento deberá presentarse acompañada de una declaración en la que se indiquen debidamente los datos de todos los Procedimientos Extranjeros abiertos respecto del Comerciante de los que tenga conocimiento el Representante Extranjero.

El juez deberá exigir que todo documento presentado en idioma extranjero en apoyo de una solicitud de reconocimiento sea acompañado de su traducción al español.

Igualmente, se deberá expresar el Domicilio del Comerciante para el efecto de que se le emplace con la solicitud. El procedimiento se tramitará como incidente entre el Representante Extranjero y el Comerciante, con intervención, según sea el caso, del visitador, el conciliador o el síndico.

Artículo 293.-

Cuando se solicite el reconocimiento de un procedimiento extranjero respecto de un Comerciante que tenga un Establecimiento en México, se deberán observar las

disposiciones del **Capítulo IV** del **Título Primero** de esta Ley, incluidas las relativas a la imposición de providencias precautorias.

La sentencia a que se refiere el **artículo 43** del presente ordenamiento contendrá, además la declaración de que se reconoce el Procedimiento o Procedimientos Extranjeros de que se trate.

El concurso mercantil se regirá por las disposiciones de esta Ley.

Artículo 294.-

Si el Comerciante no tiene un Establecimiento en la República, el procedimiento se seguirá entre el Representante Extranjero y el Comerciante.

El juicio se tramitará, siguiendo las disposiciones que, para los incidentes, se contienen en el **Título décimo** de esta Ley. La persona que pida el reconocimiento deberá señalar el domicilio del Comerciante para los efectos del emplazamiento.

Artículo 295.-

Si la resolución o el certificado de los que se trata en la fracción I del **artículo 291** de esta Ley indican que el Procedimiento Extranjero es un procedimiento de los descritos en la fracción I del **artículo 279** anterior y que el Representante Extranjero es una persona o un órgano de acuerdo con la fracción IV del mencionado **artículo 279**, el juez podrá presumir que ello es así.

El juez estará facultado para presumir que los documentos que le sean presentados en apoyo de la solicitud de reconocimiento son auténticos, estén o no legalizados.

Salvo prueba en contrario, se presumirá que el Domicilio social del Comerciante o su residencia habitual, si se trata de una persona física, es el centro de sus principales intereses.

Artículo 296.-

Salvo lo dispuesto en el **artículo 281** de esta Ley se otorgará reconocimiento a un Procedimiento Extranjero cuando:

I. El Procedimiento Extranjero sea un procedimiento en el sentido de la fracción I del anterior **artículo 279**;

II. El Representante Extranjero que solicite el reconocimiento sea una persona o un órgano en el sentido de la fracción IV del citado **artículo 279**;

III. La solicitud cumpla los requisitos de los **artículos 292, 293 y 294** de esta Ley, según sea el caso, y

IV. La solicitud haya sido presentada al tribunal competente.

Se reconocerá el Procedimiento Extranjero:

I. Como Procedimiento Extranjero Principal, si se está tramitando en el Estado donde el Comerciante tenga el centro de sus principales intereses, o

II. Como Procedimiento Extranjero no Principal, si el Comerciante tiene en el territorio del Estado del foro extranjero un Establecimiento en el sentido de la fracción VI del mencionado **artículo 279**.

Artículo 297.-

A partir del momento en que se presente la solicitud de reconocimiento de un Procedimiento Extranjero, el Representante Extranjero informará sin demora al juez de:

I. Todo cambio importante en la situación del Procedimiento Extranjero reconocido o en el nombramiento del Representante Extranjero, y

II. Todo otro Procedimiento Extranjero que se siga respecto del mismo Comerciante y del que tenga conocimiento el Representante Extranjero.

Artículo 298.-

Desde la presentación de una solicitud de reconocimiento hasta que se resuelva esa solicitud, el juez podrá, a solicitud del visitador, del conciliador o del síndico, quienes actuarán a instancia del Representante Extranjero y cuando las medidas sean necesarias y urgentes para proteger los bienes del Comerciante o los intereses de los acreedores, otorgar medidas precautorias, incluidas las siguientes:

I. Suspender toda medida de ejecución contra los bienes del Comerciante;

II. Que la persona nombrada por el Instituto pueda designar al administrador o ejecutor de todos o de parte de los bienes del Comerciante que se encuentren en el territorio nacional, para proteger y preservar el valor de aquellos que, por su naturaleza o por circunstancias concurrentes, sean perecederos, susceptibles de depreciación, o estén amenazados por cualquier otra causa, pudiendo dicha designación recaer en el Representante Extranjero, y

III. Aplicar cualquiera de las medidas previstas en las fracciones III, IV y VI del párrafo primero del **artículo 300** de esta Ley.

Para la adopción de las medidas precautorias a que se refiere este artículo, se deberán observar, en lo que sea procedente, las disposiciones del presente ordenamiento relativas a las medidas precautorias.

A menos que se prorroguen conforme a lo previsto en la fracción V del primer párrafo del **artículo 300** de esta Ley, las medidas otorgadas con arreglo al presente artículo quedarán sin efecto cuando se dicte una resolución sobre la solicitud de reconocimiento.

El juez podrá denegar toda medida prevista en el presente artículo cuando esa medida afecte al desarrollo de un Procedimiento Extranjero Principal.

Cuando el Comerciante tenga un establecimiento dentro de la República Mexicana, para solicitar las medidas a que se refiere este artículo, será necesario demandar el reconocimiento del Procedimiento Extranjero de que se trate.

Artículo 299.-

A partir del reconocimiento de un Procedimiento Extranjero Principal:

I. Se suspenderá toda medida de ejecución contra los bienes del Comerciante, y

II. Se suspenderá todo derecho a transmitir o gravar los bienes del Comerciante, así como a disponer de algún otro modo de esos bienes.

El alcance, la modificación y la extinción de los efectos de paralización y suspensión de que trata el primer párrafo de este artículo estarán supeditados a lo establecido en el **Capítulo I** del **Título Tercero** de este ordenamiento, sobre la suspensión de los procedimientos de ejecución durante el periodo de Conciliación.

Artículo 300.-

Desde el reconocimiento de un Procedimiento Extranjero, de ser necesario para proteger los bienes del Comerciante o los intereses de los acreedores, el Representante Extranjero podrá instar al visitador, al conciliador o al síndico, para que soliciten al juez toda medida apropiada, incluidas las siguientes:

I. Suspender toda medida de ejecución contra los bienes del Comerciante, en cuanto no se haya paralizado con arreglo a la fracción I del primer párrafo del **artículo 298** de esta Ley;

II. Suspender el ejercicio del derecho a transmitir o gravar los bienes del Comerciante, así como a disponer de esos bienes de algún otro modo, en cuanto no se haya suspendido ese derecho con arreglo al anterior **artículo 299**;

III. Disponer la presentación de pruebas o el suministro de información respecto de los bienes, negocios, derechos, obligaciones o responsabilidades del Comerciante;

IV. Encomendar al Representante Extranjero, al visitador, al conciliador o al síndico, la administración o la realización de todos o de parte de los bienes del Comerciante, que se encuentren en el territorio nacional;

V. Prorrogar toda medida cautelar otorgada con arreglo al primer párrafo del citado **artículo 298**, y

VI. Conceder cualquier otra medida que, conforme a la legislación mexicana, sea otorgable al visitador, al conciliador o al síndico.

A partir del reconocimiento de un Procedimiento Extranjero, el Representante Extranjero podrá instar al visitador, al conciliador o al síndico, para que encomienden al Representante Extranjero o a otra persona designada por el Instituto, la distribución de todos o de parte de los bienes del Comerciante que se encuentren en el territorio nacional, siempre que el juez se asegure de que los intereses de los acreedores domiciliados en México están suficientemente protegidos.

Al decretar las medidas previstas en este artículo al representante de un Procedimiento Extranjero no Principal, el juez deberá asegurarse de que las medidas así acordadas atañen a bienes que, con arreglo a las leyes mexicanas, hayan de ser administrados en el marco del Procedimiento Extranjero no Principal o que atañen a información requerida en ese Procedimiento Extranjero no Principal.

Artículo 301.-

Al conceder o denegar una medida en los términos de los **artículos 298** o 300 de esta Ley o al modificar o dejar sin efecto esa medida con base en el tercer párrafo de este

artículo, el juez deberá asegurarse de que quedan debidamente protegidos los intereses de los acreedores y de otras personas interesadas, incluido el Comerciante.

El juez podrá supeditar toda medida decretada con arreglo a los **artículos 298** o 300 de esta Ley a las condiciones que juzgue convenientes.

A instancia del Representante Extranjero o de toda persona afectada por alguna medida decretada al tenor de los citados **artículos 298** o 300, o de oficio, el juez podrá modificar o dejar sin efecto la medida. El trámite se hará en la vía incidental y con audiencia del visitador, el conciliador o el síndico si los hubiere.

Artículo 302.-

A partir del reconocimiento de un Procedimiento Extranjero, el Representante Extranjero estará legitimado para pedir al visitador, conciliador o al síndico, que inicie las acciones de recuperación de bienes que pertenecen a la Masa y de nulidad de actos celebrados en fraude de acreedores a que se refieren el **Capítulo VI** del **Título Tercero** y los **artículos 192** y **193** de la presente Ley.

Artículo 303.-

Desde el reconocimiento de un Procedimiento Extranjero, el Representante Extranjero podrá ser autorizado para intervenir en los procedimientos a que se refieren los **artículos 83** y **84** de este ordenamiento.

Capítulo IV - De la cooperación con tribunales y representantes extranjeros

Artículo 304.-

En los asuntos indicados en el **artículo 278** de esta Ley, el juez, el visitador, el conciliador o el síndico, deberán cooperar, en el ejercicio de sus funciones y en la medida en que sea posible, con los tribunales y representantes extranjeros.

El juez, el visitador, el conciliador o el síndico, estarán facultados, en el ejercicio de sus funciones, para ponerse en comunicación directa sin que sean necesarias cartas rogatorias u otras formalidades con los tribunales o los representantes extranjeros.

Artículo 305.-

La cooperación de la que se trata en el **artículo 304** podrá ser puesta en práctica por cualquier medio apropiado, y en particular mediante:

I. El nombramiento de una persona o de un órgano para que actúe bajo la dirección del juez, del conciliador, del visitador o del síndico;

II. La comunicación de información por cualquier medio que el juez, el visitador, el conciliador o el síndico, consideren oportuno;

III. La coordinación de la administración y la supervisión de los bienes y negocios del Comerciante;

IV. La aprobación o la aplicación por los tribunales de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos, y

V. La coordinación de los procedimientos que se estén siguiendo simultáneamente respecto de un mismo Comerciante.

Capítulo V - De los procedimientos paralelos

Artículo 306.-

Los efectos del reconocimiento de un Procedimiento Extranjero Principal y la constitución en estado de concurso mercantil a un Comerciante extranjero, respecto del establecimiento que tenga en la República Mexicana y los efectos del reconocimiento de un Procedimiento Extranjero Principal, respecto de un Comerciante que sólo tenga bienes dentro de la República Mexicana, se limitarán al establecimiento del Comerciante que se encuentre dentro de la República y, en la medida requerida para la puesta en práctica de la

cooperación y coordinación previstas en los **artículos 304** y **305** de la presente Ley, a otros bienes del Comerciante que, con arreglo al derecho mexicano, deban ser administrados en este procedimiento.

Artículo 307.-

Cuando se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo Comerciante un Procedimiento Extranjero y un procedimiento con arreglo a esta Ley, el juez procurará colaborar y coordinar sus actuaciones con las del otro procedimiento, conforme a lo dispuesto en los **artículos 304** y **305** de la misma, en los términos siguientes:

I. Cuando el procedimiento seguido en México esté en curso en el momento de presentarse la solicitud de reconocimiento del Procedimiento Extranjero:

a) Toda medida otorgada con arreglo a los anteriores **artículos 298** o 300 deberá ser compatible con el procedimiento seguido en México, y

b) De reconocerse el Procedimiento Extranjero en México como Procedimiento Extranjero Principal, el **artículo 306** de esta Ley no será aplicable;

II. Cuando el procedimiento seguido en México se inicie tras el reconocimiento, o una vez presentada la solicitud de reconocimiento del Procedimiento Extranjero:

a) Toda medida que estuviera en vigor con arreglo a los mencionados **artículos 298** o 300 será reexaminada por el juez y modificada o revocada en caso de ser incompatible con el procedimiento en México, y

b) De haberse reconocido el Procedimiento Extranjero como Procedimiento Extranjero Principal, la paralización o suspensión de que se trata en el primer párrafo del citado **artículo 298** será modificada o revocada con arreglo al segundo párrafo del **artículo 298** en caso de ser incompatible con el procedimiento abierto en México, y

III. Al conceder, prorrogar o modificar una medida otorgada a un representante de un Procedimiento Extranjero no Principal, el juez deberá asegurarse de que esa medida afecta a bienes que con arreglo al derecho mexicano, deban ser administrados en el Procedimiento Extranjero no Principal, o concierne a información requerida para ese procedimiento.

Artículo 308.-

En los casos contemplados en el anterior **artículo 298**, cuando se siga más de un Procedimiento Extranjero respecto de un mismo Comerciante, el juez procurará que haya cooperación y coordinación con arreglo a lo dispuesto en los **artículos 304** y **305** de esta Ley, y serán aplicables las siguientes reglas:

I. Toda medida otorgada con arreglo a los citados **artículos 298** o 300 a un representante de un Procedimiento Extranjero no Principal, una vez reconocido un Procedimiento Extranjero Principal, deberá ser compatible con este último;

II. Cuando un Procedimiento Extranjero Principal sea reconocido tras el reconocimiento o una vez presentada la solicitud de reconocimiento de un Procedimiento Extranjero no Principal, toda medida que estuviera en vigor con arreglo a los mencionados **artículos 298** o 300 deberá ser reexaminada por el juez y modificada o dejada sin efecto en caso de ser incompatible con el Procedimiento Extranjero Principal, y

III. Cuando, una vez reconocido un Procedimiento Extranjero no Principal, se otorgue reconocimiento a otro Procedimiento Extranjero no Principal, el juez deberá conceder, modificar o dejar sin efecto toda medida que proceda para facilitar la coordinación de los procedimientos.

Artículo 309.-

Salvo prueba en contrario, el reconocimiento de un Procedimiento Extranjero Principal hará presumir, que el Comerciante ha incurrido en incumplimiento generalizado de sus obligaciones a los efectos de la apertura de un procedimiento con arreglo a esta Ley.

Artículo 310.-

Sin perjuicio de los derechos de los titulares de créditos con privilegio especial, con garantía real o de los derechos reales, un acreedor que haya recibido un cobro parcial respecto de su crédito en un procedimiento seguido en un Estado extranjero, con arreglo a una norma relativa a la insolvencia, no podrá recibir un nuevo dividendo por ese mismo crédito en un procedimiento de insolvencia que se siga con arreglo a esta Ley respecto de ese mismo Comerciante, en tanto que el dividendo recibido por los demás acreedores de la misma categoría sea proporcionalmente inferior al cobro ya recibido por el acreedor.

Ley Modelo de la UNCITRAL sobre insolvencia transfronteriza.

PREÁMBULO

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

- a) La cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes de este Estado y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza;
- b) Una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones;

c) Una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluido el deudor;

d) La protección de los bienes del deudor, y la optimización de su valor, así como

e) Facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo.

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1. La presente Ley será aplicable a los casos en que:

a) Un tribunal extranjero o un representante extranjero solicite asistencia en este Estado en relación con un procedimiento extranjero; o

b) Se solicite asistencia en un Estado extranjero en relación con un procedimiento que se esté tramitando con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]; o

c) Se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor un procedimiento extranjero y un procedimiento en este Estado con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]; o

d) Los acreedores u otras personas interesadas, que estén en un Estado extranjero, tengan interés en solicitar la apertura de un procedimiento o en participar en un procedimiento que se esté tramitando con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia].

2. La presente Ley no será aplicable a un procedimiento relativo a [indíquense todas las clases de entidades sometidas en este Estado a un régimen especial de la

insolvencia, tales como sociedades bancarias y de seguros, y que se desee excluir de la presente Ley].Artículo 2.

Definiciones

Para los fines de la presente Ley:

a) Por "procedimiento extranjero" se entenderá el procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo incluido el de índole provisional, que se siga en un Estado extranjero con arreglo a una ley relativa a la insolvencia y en virtud del cual los bienes y negocios del deudor queden sujetos al control o a la supervisión del tribunal extranjero, a los efectos de su reorganización o liquidación;

b) Por "procedimiento extranjero principal" se entenderá el procedimiento extranjero que se siga en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses;

c) Por "procedimiento extranjero no principal" se entenderá un procedimiento extranjero, que no sea un procedimiento extranjero principal, que se siga en un Estado donde el deudor tenga un establecimiento en el sentido del inciso f) del presente artículo;

d) Por "representante extranjero" se entenderá la persona o el órgano, incluso el designado a título provisional, que haya sido facultado en un procedimiento extranjero para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del deudor o para actuar como representante del procedimiento extranjero;

e) Por "tribunal extranjero" se entenderá la autoridad judicial o de otra índole que sea competente a los efectos del control o la supervisión de un procedimiento extranjero;

f) Por "establecimiento" se entenderá todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios.

Artículo 3. Obligaciones internacionales del Estado

En caso de conflicto entre la presente Ley y una obligación de este Estado nacida de un tratado u otra forma de acuerdo en el que este Estado sea parte con uno o más Estados, prevalecerán las disposiciones de ese tratado o acuerdo.

Artículo 4. [Tribunal o autoridad competente1]

Las funciones a las que se refiere la presente Ley relativas al reconocimiento de procedimientos extranjeros y en materia de cooperación con tribunales extranjeros serán ejercidas por ...[indíquese el tribunal o tribunales o la autoridad o autoridades que, conforme al derecho interno, sean competentes para ejercer estas funciones].

Artículo 5. Autorización dada a [indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar la reorganización o liquidación con arreglo al derecho interno de este Estado] para actuar en un Estado extranjero ...[indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar la reorganización o liquidación con arreglo al derecho interno de este Estado], estará facultado(a) para actuar en un Estado extranjero en representación de un procedimiento abierto en este Estado con arreglo a [indicar aquí la norma de derecho interno relativa a la insolvencia], en la medida en que lo permita la ley extranjera aplicable.

Artículo 6. Excepción de orden público

Nada de lo dispuesto en la presente Ley impedirá que el tribunal se niegue a adoptar una medida en ella regulada, de ser esa medida manifiestamente contraria al orden público de este Estado.

Artículo 7. Asistencia adicional en virtud de alguna otra norma

Nada de lo dispuesto en la presente Ley limitará las facultades que pueda tener un tribunal o [indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de

administrar una reorganización o liquidación con arreglo al derecho interno] para prestar asistencia adicional al representante extranjero con arreglo a alguna otra norma de este Estado.

Artículo 8. Interpretación

En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

CAPÍTULO II. ACCESO DE LOS REPRESENTANTES Y ACREEDORES EXTRANJEROS A LOS TRIBUNALES DEL ESTADO

Artículo 9. Derecho de acceso directo

Todo representante extranjero estará legitimado para comparecer directamente ante un tribunal del Estado.

Artículo 10. Jurisdicción limitada

El solo hecho de la presentación de una solicitud, con arreglo a la presente Ley, ante un tribunal del Estado por un representante extranjero no supone la sumisión de éste ni de los bienes y negocios del deudor en el extranjero, a la jurisdicción de los tribunales del Estado para efecto alguno que sea distinto de la solicitud.

Artículo 11. Solicitud del representante extranjero de que se abra un procedimiento con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]

Todo representante extranjero estará facultado para solicitar la apertura de un procedimiento con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] si por lo demás se cumplen las condiciones para la apertura de ese procedimiento.

Artículo 12. Participación de un representante extranjero en un procedimiento abierto con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]

A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero estará facultado para participar en todo procedimiento que se haya abierto respecto del deudor con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia].

Artículo 13. Acceso de los acreedores extranjeros a un procedimiento seguido con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]

1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo, los acreedores extranjeros gozarán de los mismos derechos que los acreedores nacionales respecto de la apertura de un procedimiento en este Estado y de la participación en él con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia].

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no afectará al orden de prelación de los créditos en un procedimiento abierto con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia], salvo que no se asignará a los créditos de acreedores extranjeros una prelación inferior a [indíquese la categoría de créditos ordinarios no preferentes, y que todo crédito extranjero tendrá una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes cuando el crédito equivalente en el país (por ejemplo, una sanción pecuniaria o un crédito con pago diferido) tenga una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes].

Artículo 14. Notificación a los acreedores en el extranjero con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]

1. Siempre que, con arreglo [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia], se haya de notificar algún procedimiento, a los acreedores que residan en este

Estado, esa notificación deberá practicarse también a los acreedores conocidos que no tengan una dirección en este Estado. El tribunal podrá ordenar que se tomen las medidas oportunas a fin de notificar a todo acreedor cuya dirección aún no se conozca.² Esa notificación deberá practicarse a cada uno de los acreedores extranjeros por separado, a no ser que el tribunal considere que alguna otra forma de notificación sea más adecuada en las circunstancias del caso. No se requerirá carta rogatoria ni ninguna otra formalidad similar.

3. Cuando se haya de notificar a los acreedores extranjeros la apertura de un procedimiento, la notificación deberá:

a) Señalar un plazo razonable para la presentación de los créditos e indicar el lugar en el que se haya de efectuar esa presentación;

b) Indicar si los acreedores con créditos garantizados necesitan presentar esos créditos; y

c) Contener cualquier otra información requerida para esa notificación conforme a las leyes de este Estado y a las resoluciones del tribunal.

CAPÍTULO III: RECONOCIMIENTO DE UN PROCEDIMIENTO EXTRANJERO Y MEDIDAS OTORGABLES

Artículo 15. Solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. El representante extranjero podrá solicitar ante el tribunal el reconocimiento del procedimiento extranjero en el que haya sido nombrado.

2. Toda solicitud de reconocimiento deberá presentarse acompañada de:

a) Una copia certificada conforme de la resolución por la que se declare abierto el procedimiento extranjero y se nombre el representante extranjero; o

b) Un certificado expedido por el tribunal extranjero en el que se acredite la existencia del procedimiento extranjero y el nombramiento del representante extranjero; o

c) En ausencia de una prueba conforme a los incisos a) y b), acompañada de cualquier otra prueba admisible por el tribunal de la existencia del procedimiento extranjero y del nombramiento del representante extranjero.

3. Toda solicitud de reconocimiento deberá presentarse acompañada de una declaración en la que se indiquen debidamente los datos de todos los procedimientos extranjeros abiertos respecto del deudor de los que tenga conocimiento el representante extranjero.

4. El tribunal podrá exigir que todo documento presentado en apoyo de una solicitud de reconocimiento sea traducido a un idioma oficial de este Estado.

Artículo 16. Presunciones relativas al reconocimiento

1. Si la resolución o el certificado de los que se trata en el párrafo 2 del artículo 15 indican que el procedimiento extranjero es un procedimiento en el sentido del inciso a) del artículo 2 y que el representante extranjero es una persona o un órgano en el sentido del inciso d) del artículo 2, el tribunal podrá presumir que ello es así.

2. El tribunal estará facultado para presumir que los documentos que le sean presentados en apoyo de la solicitud de reconocimiento son auténticos, estén o no legalizados.

3. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el domicilio social del deudor o su residencia habitual, si se trata de una persona natural, es el centro de sus principales intereses.

Artículo 17. Resolución de reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. Salvo lo dispuesto en el artículo 6, se otorgará reconocimiento a un procedimiento extranjero cuando:

a) El procedimiento extranjero sea un procedimiento en el sentido del inciso a) del artículo 2;

b) El representante extranjero que solicite el reconocimiento sea una persona o un órgano en el sentido del inciso d) del artículo 2;

c) La solicitud cumpla los requisitos del párrafo 2 del artículo 15; y

d) La solicitud haya sido presentada al tribunal competente conforme al artículo 4.

2. Se reconocerá el procedimiento extranjero:

a) Como procedimiento extranjero principal, si se está tramitando en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses; o

b) Como procedimiento extranjero no principal, si el deudor tiene en el territorio del Estado del foro extranjero un establecimiento en el sentido del inciso f) del artículo 2;

3. Se dictará a la mayor brevedad posible la resolución relativa al reconocimiento de un procedimiento extranjero;

4. Lo dispuesto en los artículos 15, 16, 17 y 18 no impedirá que se modifique o revoque el reconocimiento caso de demostrarse la ausencia parcial o total de los motivos por los que se otorgó, o que esos motivos han dejado de existir.

Artículo 18. Información subsiguiente

A partir del momento en que se presente la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero informará sin demora al tribunal de:

a) Todo cambio importante en la situación del procedimiento extranjero reconocido o en el nombramiento del representante extranjero; y

b) Todo otro procedimiento extranjero que se siga respecto del mismo deudor y del que tenga conocimiento el representante extranjero.

Artículo 19. Medidas otorgables a partir de la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. Desde la presentación de una solicitud de reconocimiento hasta que se resuelva esa solicitud, el tribunal podrá, a instancia del representante extranjero y cuando las medidas sean necesarias y urgentes para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores, otorgar medidas provisionales, incluidas las siguientes:

a) Paralizar toda medida de ejecución contra los bienes del deudor;

b) Encomendar al representante extranjero, o a alguna otra persona designada por el tribunal, la administración o la realización de todos o de parte de los bienes del deudor que se encuentren en el territorio de este Estado, para proteger y preservar el valor de aquellos que, por su naturaleza o por circunstancias concurrentes, sean perecederos, susceptibles de devaluación, o estén amenazados por cualquier otra causa;

c) Aplicar cualquiera de las medidas previstas en los incisos c), d) y g) del párrafo 1 del artículo 21.

2. [Insértense las disposiciones (o hágase una remisión a las disposiciones vigentes en el Estado promulgante) relativas a la notificación].

3. A menos que se prorroguen con arreglo a lo previsto en el inciso f) del párrafo 1 del artículo 21, las medidas otorgadas con arreglo al presente artículo quedarán sin efecto cuando se dicte una resolución sobre la solicitud de reconocimiento.

4. El tribunal podrá denegar toda medida prevista en el presente artículo cuando esa medida afecte al desarrollo de un procedimiento extranjero principal.

Artículo 20. Efectos del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal

1. A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero que sea un procedimiento principal:

a) Se paralizará la iniciación o la continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor;

b) Se paralizará asimismo toda medida de ejecución contra los bienes del deudor;
y

c) Se suspenderá todo derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de algún otro modo de esos bienes.

2. El alcance, la modificación y la extinción de los efectos de paralización y suspensión de que trata el párrafo 1 del presente artículo estarán supeditados a [indíquese toda norma de derecho interno relativa a la insolvencia que sea aplicable a las excepciones, las limitaciones, las modificaciones o la extinción referentes a los efectos de paralización y suspensión de que trata el párrafo 1 del presente artículo].

3. El inciso a) del párrafo 1 del presente artículo no afectará al derecho de iniciar acciones o procedimientos individuales en la medida en que ello sea necesario para preservar un crédito contra el deudor.

4. El párrafo 1 del presente artículo no afectará al derecho de solicitar el inicio de un procedimiento con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] o a presentar créditos en ese procedimiento.

Artículo 21. Medidas otorgables a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero, ya sea principal o no principal, de ser necesario para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores, el tribunal podrá, a instancia del representante extranjero, otorgar toda medida apropiada, incluidas las siguientes:

a) Paralizar la iniciación o la continuación de acciones o procedimientos individuales relativos a los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor, en cuanto no se hayan paralizado con arreglo al inciso a) del párrafo 1 del artículo 20;

b) Paralizar asimismo toda medida de ejecución contra los bienes del deudor, en cuanto no se haya paralizado con arreglo al inciso b) del párrafo 1 del artículo 20;

c) Suspender el ejercicio del derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de esos bienes de algún otro modo, en cuanto no se haya suspendido ese derecho con arreglo al artículo 20;d) Disponer el examen de testigos, la presentación de pruebas o el suministro de información respecto de los bienes, negocios, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor;

e) Encomendar al representante extranjero, o a alguna otra persona nombrada por el tribunal, la administración o la realización de todos o de parte de los bienes del deudor, que se encuentren en el territorio de este Estado;

f) Prorrogar toda medida cautelar otorgada con arreglo al párrafo 1 del artículo 19;

g) Conceder cualquier otra medida que, conforme a la legislación de este Estado, sea otorgable a [indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar una reorganización o una liquidación con arreglo al derecho interno].

2. A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, principal o no principal, el tribunal podrá, a instancia del representante extranjero, encomendar al representante extranjero, o a otra persona nombrada por el tribunal, la distribución de todos o de parte de los bienes del deudor que se encuentren en el territorio de este Estado, siempre que el tribunal se asegure de que los intereses de los acreedores en este Estado están suficientemente protegidos.

3. Al otorgar medidas con arreglo a este artículo al representante de un procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá asegurarse de que las medidas atañen a bienes que, con arreglo al derecho de este Estado, hayan de ser administrados en el marco del procedimiento extranjero no principal o que atañen a información requerida en ese procedimiento extranjero no principal.

Artículo 22. Protección de los acreedores y de otras personas interesadas

1. Al conceder o denegar una medida con arreglo a los artículos 19 ó 21 o al modificar o dejar sin efecto esa medida con arreglo al párrafo 3 del presente artículo, el tribunal deberá asegurarse de que quedan debidamente protegidos los intereses de los acreedores y de otras personas interesadas, incluido el deudor.

2. El tribunal podrá supeditar toda medida otorgada con arreglo a los artículos 19 ó 21 a las condiciones que juzgue convenientes.

3. A instancia del representante extranjero o de toda persona afectada por alguna medida otorgada con arreglo a los artículos 19 ó 21, o de oficio, el tribunal podrá modificar o dejar sin efecto la medida impugnada.

Artículo 23. Acciones de impugnación de actos perjudiciales para los acreedores

1. A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero estará

legitimado para entablar [indíquese los tipos de acciones que, para evitar o de otro modo dejar sin efecto todo acto perjudicial para los acreedores, pueda entablar en este Estado una persona o un órgano que esté administrando una reorganización o una liquidación].

2. Cuando el procedimiento extranjero sea un procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá asegurarse de que la acción afecta a bienes que, con arreglo al

derecho interno de este Estado, deban ser administrados en el marco del procedimiento extranjero no principal.

Artículo 24. Intervención de un representante extranjero en procedimientos que se sigan en este Estado

Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero podrá intervenir, conforme a las condiciones prescritas por el derecho interno de este Estado, en todo procedimiento en el que el deudor sea parte.

CAPÍTULO IV. COOPERACIÓN CON TRIBUNALES Y REPRESENTANTES EXTRANJEROS

Artículo 25. Cooperación y comunicación directa entre un tribunal de este Estado y los tribunales o representantes extranjeros

1. En los asuntos indicados en el artículo 1, el tribunal deberá cooperar en la medida de lo posible con los tribunales extranjeros o los representantes extranjeros, ya sea directamente o por conducto de [indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro].

2. El tribunal estará facultado para ponerse en comunicación directa con los tribunales o representantes extranjeros o para recabar información o asistencia directa de los mismos.

Artículo 26. Cooperación y comunicación directa entre [indíquese la denominación de la persona, o del órgano encargado de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro] y los tribunales o representantes extranjeros

1. En los asuntos indicados en el artículo 1, ...[indíquese la denominación de la persona o del órgano encargado de administrar una reorganización o liquidación con

arreglo a la ley del foro] deberá cooperar, en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, con los tribunales y representantes extranjeros.

2. ... [indíquese la denominación de la persona o del órgano encargado de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro] estará facultado(a), en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, para ponerse en comunicación directa con los tribunales o los representantes extranjeros.

Artículo 27. Formas de cooperación La cooperación de la que se trata en los artículos 25 y 26 podrá ser puesta en práctica por cualquier medio apropiado, y en particular mediante:

a) El nombramiento de una persona o de un órgano para que actúe bajo dirección del tribunal;

b) La comunicación de información por cualquier medio que el tribunal considere oportuno;

c) La coordinación de la administración y la supervisión de los bienes y negocios del deudor;

d) La aprobación o la aplicación por los tribunales de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos;

e) La coordinación de los procedimientos que se estén siguiendo simultáneamente respecto de un mismo deudor;

f) [El Estado que incorpore el nuevo régimen tal vez desee indicar otras formas o ejemplos de cooperación].

CAPÍTULO V. PROCEDIMIENTOS PARALELOS

Artículo 28. Apertura de un procedimiento con arreglo a [identifíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] tras el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal

Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, sólo se podrá iniciar un procedimiento con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] cuando el deudor tenga bienes en este Estado y los efectos de este procedimiento se limitarán a los bienes del deudor que se encuentren en este Estado y, en la medida requerida para la puesta en práctica de la cooperación y coordinación previstas en los artículos 25, 26 y 27, a otros bienes del deudor que, con arreglo al derecho interno de este Estado, deban ser administrados en este procedimiento.

Artículo 29. Coordinación de un procedimiento seguido con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] y un procedimiento extranjero

Cuando se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor un procedimiento extranjero y un procedimiento con arreglo a [indíquese la norma de la ley del foro relativa a la insolvencia], el tribunal procurará colaborar y coordinar sus actuaciones con las del otro procedimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 27, en los términos siguientes: a) Cuando el procedimiento seguido en este Estado esté en curso en el momento de presentarse la solicitud de reconocimiento del procedimiento extranjero:

i) Toda medida otorgada con arreglo a los artículos 19 ó 21 deberá ser compatible con el procedimiento seguido en este Estado; y

ii) De reconocerse el procedimiento extranjero en este Estado como procedimiento extranjero principal, el artículo 20 no será aplicable;

b) Cuando el procedimiento seguido en este Estado se inicie tras el reconocimiento, o una vez presentada la solicitud de reconocimiento, del procedimiento extranjero:

i) Toda medida que estuviera en vigor con arreglo a los artículos 19 ó 21 será reexaminada por el tribunal y modificada o revocada caso de ser incompatible con el procedimiento en este Estado; y

ii) De haberse reconocido el procedimiento extranjero como procedimiento extranjero principal, la paralización o suspensión de que se trata en el párrafo 1 del artículo 20 será modificada o revocada con arreglo al párrafo 2 del artículo 20 caso de ser incompatible con el procedimiento abierto en este Estado;

c) Al conceder, prorrogar o modificar una medida otorgada a un representante de un procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá asegurarse de que esa medida afecta a bienes que, con arreglo al derecho interno de este Estado, deban ser administrados en el procedimiento extranjero no principal o concierne a información requerida para ese procedimiento.

Artículo 30. Coordinación de varios procedimientos extranjeros

En los casos contemplados en el artículo 1, cuando se siga más de un procedimiento extranjero respecto de un mismo deudor, el tribunal procurará que haya cooperación y coordinación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 27, y serán aplicables las siguientes reglas:

a) Toda medida otorgada con arreglo a los artículos 19 ó 21 a un representante de un procedimiento extranjero no principal, una vez reconocido un procedimiento extranjero principal, deberá ser compatible con este último;

b) Cuando un procedimiento extranjero principal sea reconocido tras el reconocimiento o una vez presentada la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero no principal, toda medida que estuviera en vigor con arreglo a los artículos 19 ó 21 deberá ser reexaminada por el tribunal y modificada o dejada sin efecto caso de ser incompatible con el procedimiento extranjero principal;

c) Cuando, una vez reconocido un procedimiento extranjero no principal, se otorgue reconocimiento a otro procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá conceder, modificar o dejar sin efecto toda medida que proceda para facilitar la coordinación de los procedimientos.

Artículo 31. Presunción de insolvencia basada en el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal

Salvo prueba en contrario, el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal constituirá prueba válida de que el deudor es insolvente a los efectos de la apertura de un procedimiento con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia].

Artículo 32. Regla de pago para procedimientos paralelos

Sin perjuicio de los derechos de los titulares de créditos garantizados o de los derechos reales, un acreedor que haya percibido un cobro parcial respecto de su crédito en un procedimiento seguido en un Estado extranjero con arreglo a una norma relativa a la insolvencia no podrá percibir un nuevo dividendo por ese mismo crédito en un procedimiento de insolvencia que se siga con arreglo [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] respecto de ese mismo deudor, en tanto que el dividendo percibido por los demás acreedores de la misma categoría sea proporcionalmente inferior al cobro ya percibido por el acreedor.

Pautas aplicables a las comunicaciones tribunal a tribunal en casos transfronterizos

Guideline 1

Except in circumstances of urgency, prior to a communication with another Court, the Court should be satisfied that such a communication is consistent with all applicable Rules of Procedure in its country. Where a Court intends to apply these Guidelines (in whole or in part and with or without modifications), the Guidelines to be employed should, wherever possible, be formally adopted before they are applied. Coordination of Guidelines between courts is desirable and officials of both courts may communicate in accordance with Guideline 8(d) with regard to the application and implementation of the Guidelines.

Guideline 2

A Court may communicate with another Court in connection with matters relating to proceedings before it for the purposes of coordinating and harmonizing proceedings before it with those in the other jurisdiction.

Guideline 3

A Court may communicate with an Insolvency Administrator in another jurisdiction or an authorized Representative of the Court in that jurisdiction in connection with the coordination and harmonization of the proceedings before it with the proceedings in the other jurisdiction.

Guideline 4

A Court may permit a duly authorized Insolvency Administrator to communicate with a foreign Court directly, subject to the approval of the foreign Court, or through an Insolvency Administrator in the other jurisdiction or through an authorized Representative of the foreign Court on such terms as the Court considers appropriate.

Guideline 5

A Court may receive communications from a foreign Court or from an authorized Representative of the foreign Court or from a foreign Insolvency Administrator and should respond directly if the communication is from a foreign Court (subject to Guideline 7 in the case of two-way communications) and may respond directly or through an authorized Representative of the Court or through a duly authorized Insolvency Administrator if the communication is from a foreign Insolvency Administrator, subject to local rules concerning ex parte communications.

Guideline 6

Communications from a Court to another Court may take place by or through the Court:

(a) Sending or transmitting copies of formal orders, judgments, opinions, reasons for decision, endorsements, transcripts of proceedings, or other documents directly to the other Court and providing advance notice to counsel for affected parties in such manner as the Court considers appropriate;

(b) Directing counsel or a foreign or domestic Insolvency Administrator to transmit or deliver copies of documents, pleadings, affidavits, factums, briefs, or other

documents that are filed or to be filed with the Court to the other Court in such fashion as may be appropriate and providing advance notice to counsel for affected parties in such manner as the Court considers appropriate;

(c) Participating in two-way communications with the other Court by telephone or video conference call or other electronic means, in which case Guideline 7 should apply.

Guideline 7

In the event of communications between the Courts in accordance with Guidelines 2 and 5 by means of telephone or video conference call or other electronic means, unless otherwise directed by either of the two Courts:

(a) Counsel for all affected parties should be entitled to participate in person during the communication and advance notice of the communication should be given to all parties in accordance with the Rules of Procedure applicable in each Court;

(b) The communication between the Courts should be recorded and may be transcribed. A written transcript may be prepared from a recording of the communication which, with the approval of both Courts, should be treated as an official transcript of the communication;

(c) Copies of any recording of the communication, of any transcript of the communication prepared pursuant to any Direction of either Court, and of any official transcript prepared from a recording should be filed as part of the record in the proceedings and made available to counsel for all parties in both Courts subject to such Directions as to confidentiality as the Courts may consider appropriate; and

(d) The time and place for communications between the Courts should be to the satisfaction of both Courts. Personnel other than Judges in each Court may communicate

fully with each other to establish appropriate arrangements for the communication without the necessity for participation by counsel unless otherwise ordered by either of the Courts.

Guideline 8

In the event of communications between the Court and an authorized Representative of the foreign Court or a foreign Insolvency Administrator in accordance with Guidelines 3 and 5 by means of telephone or video conference call or other electronic means, unless otherwise directed by the Court:

(a) Counsel for all affected parties should be entitled to participate in person during the communication and advance notice of the communication should be given to all parties in accordance with the Rules of Procedure applicable in each Court;

(b) The communication should be recorded and may be transcribed. A written transcript may be prepared from a recording of the communication which, with the approval of the Court, can be treated as an official transcript of the communication;

(c) Copies of any recording of the communication, of any transcript of the communication prepared pursuant to any Direction of the Court, and of any official transcript prepared from a recording should be filed as part of the record in the proceedings and made available to the other Court and to counsel for all parties in both Courts subject to such Directions as to confidentiality as the Court may consider appropriate; and

(d) The time and place for the communication should be to the satisfaction of the Court. Personnel of the Court other than Judges may communicate fully with the authorized Representative of the foreign Court or the foreign Insolvency Administrator to establish appropriate arrangements for the communication without the necessity for participation by counsel unless otherwise ordered by the Court.

Guideline 9

A Court may conduct a joint hearing with another Court. In connection with any such joint hearing, the following should apply, unless otherwise ordered or unless otherwise provided in any previously approved Protocol applicable to such joint hearing:

(a) Each Court should be able to simultaneously hear the proceedings in the other Court.

(b) Evidentiary or written materials filed or to be filed in one Court should, in accordance with the Directions of that Court, be transmitted to the other Court or made available electronically in a publicly accessible system in advance of the hearing. Transmittal of such material to the other Court or its public availability in an electronic system should not subject the party filing the material in one Court to the jurisdiction of the other Court.

(c) Submissions or applications by the representative of any party should be made only to the Court in which the representative making the submissions is appearing unless the representative is specifically given permission by the other Court to make submissions to it.

(d) Subject to Guideline 7(b), the Court should be entitled to communicate with the other Court in advance of a joint hearing, with or without counsel being present, to establish Guidelines for the orderly making of submissions and rendering of decisions by the Courts, and to coordinate and resolve any procedural, administrative, or preliminary matters relating to the joint hearing.

(e) Subject to Guideline 7(b), the Court, subsequent to the joint hearing, should be entitled to communicate with the other Court, with or without counsel present, for the purpose of determining whether coordinated orders could be made by both Courts and to

coordinate and resolve any procedural or nonsubstantive matters relating to the joint hearing.

Guideline 10

The Court should, except upon proper objection on valid grounds and then only to the extent of such objection, recognize and accept as authentic the provisions of statutes, statutory or administrative regulations, and rules of court of general application applicable to the proceedings in the other jurisdiction without the need for further proof or exemplification thereof.

Guideline 11

The Court should, except upon proper objection on valid grounds and then only to the extent of such objection, accept that Orders made in the proceedings in the other jurisdiction were duly and properly made or entered on or about their respective dates and accept that such Orders require no further proof or exemplification for purposes of the proceedings before it, subject to all such proper reservations as in the opinion of the Court are appropriate regarding proceedings by way of appeal or review that are actually pending in respect of any such Orders.

Guideline 12

The Court may coordinate proceedings before it with proceedings in another jurisdiction by establishing a Service List that may include parties that are entitled to receive notice of proceedings before the Court in the other jurisdiction (“Non-Resident Parties”). All notices, applications, motions, and other materials served for purposes of the

proceedings before the Court may be ordered to also be provided to or served on the Non-Resident Parties by making such materials available electronically in a publicly accessible system or by facsimile transmission, certified or registered mail or delivery by courier, or in such other manner as may be directed by the Court in accordance with the procedures applicable in the Court.

Guideline 13

The Court may issue an Order or issue Directions permitting the foreign Insolvency Administrator or a representative of creditors in the proceedings in the other jurisdiction or an authorized Representative of the Court in the other jurisdiction to appear and be heard by the Court without thereby becoming subject to the jurisdiction of the Court.

Guideline 14

The Court may direct that any stay of proceedings affecting the parties before it shall, subject to further order of the Court, not apply to applications or motions brought by such parties before the other Court or that relief be granted to permit such parties to bring such applications or motions before the other Court on such terms and conditions as it considers appropriate. Court-to-Court communications in accordance with Guidelines 6 and 7 hereof may take place if an application or motion brought before the Court affects or might affect issues or proceedings in the Court in the other jurisdiction.

Guideline 15

A Court may communicate with a Court in another jurisdiction or with an authorized Representative of such Court in the manner prescribed by these Guidelines for purposes of coordinating and harmonizing proceedings before it with proceedings in the other jurisdiction regardless of the form of the proceedings before it or before the other Court wherever there is commonality among the issues and/or the parties in the proceedings. The Court should, absent compelling reasons to the contrary, so communicate with the Court in the other jurisdiction where the interests of justice so require.

Guideline 16

Directions issued by the Court under these Guidelines are subject to such amendments, modifications, and extensions as may be considered appropriate by the Court for the purposes described above and to reflect the changes and developments from time to time in the proceedings before it and before the other Court. Any Directions may be supplemented, modified, and restated from time to time and such modifications, amendments, and restatements should become effective upon being accepted by both Courts. If either Court intends to supplement, change, or abrogate Directions issued under these Guidelines in the absence of joint approval by both Courts, the Court should give the other Courts involved reasonable notice of its intention to do so.

Guideline 17

Arrangements contemplated under these Guidelines do not constitute a compromise or waiver by the Court of any powers, responsibilities, or authority and do not constitute a substantive determination of any matter in controversy before the Court or before the other Court nor a waiver by any of the parties of any of their substantive rights

and claims or a diminution of the effect of any of the Orders made by the Court or the other Court.

IBA Cross-Border insolvency concordat.

PRINCIPLE 1

If an entity or individual with cross-border connections is the subject of an insolvency proceeding, a single administrative forum should have primary responsibility for coordinating all insolvency proceedings relating to such entity or individual.

PRINCIPLE 2

Where there is one main forum:

a) Administration and collection of assets should be co-ordinated by the main forum.

b) After payment of secured claims and privileged claims, as determined by local law, assets in any forum other than in the main forum shall be turned over to the main forum for distribution.

c) Common claims are filed in and distributions are made by the main forum. Common creditors not in the main forum must file claims in the main forum but (to the extent allowable under the procedural rules of the main forum) may file by mail, in their local language and with no formalities other than required under their local insolvency law.

d) The main forum may not discriminate against non-local creditors.

e) Filing a claim in the main forum does not subject a creditor to jurisdiction for any purpose, except for claims administration subject to the limitations of principle 8 and except for any offset (under voiding rules or otherwise) up to the amount of the creditor's claim.

f) A discharge granted by the main forum should be recognised in any forum.

PRINCIPLE 3

a) If there is more than one forum, the official representatives appointed by each forum shall receive notice of, and have the right to appear in, all proceedings in any fora. If required in a particular forum, an exequatur or similar proceeding may be utilised to implement recognition of the official representative. An official representative shall be subject to jurisdiction in all fora for any matter related to the insolvency proceedings, but appearing in a forum shall not subject him/her to jurisdiction for any other purpose in the forum state.

b) To the extent permitted by the procedural rules of a forum, *ex parte* and interim orders shall permit creditors of another jurisdiction and official representatives appointed by another jurisdiction the right, for a reasonable period of time, to request the court to reconsider the issues covered by such orders.

c) All creditors should have the right to appear in any forum to the same extent as creditors of the forum state, regardless or whether they have filed claims in that particular forum, without subjecting themselves to jurisdiction in that forum (including with respect to recovery against a creditor under voiding rules or otherwise in excess of a creditor's claim).

d) Information publicly available in any forum shall be publicly available in all fora. to the extent permitted, non-public information available to an official representative shall be shared with other official representatives.

PRINCIPLE 4

Where there is more than one plenary forum and there is no main forum:

a) Each forum should co-ordinate with each other, subject in appropriate cases to a governance protocol.

b) Each forum should administer the assets within its jurisdiction, subject to principle 4 (f).

c) A claim should be filed in one, and only one, plenary forum, at the election of the holder of the claim. If a claim is filed in more than one plenary forum, distribution must be adjusted so that recovery is not greater than if the claim were filed in only one forum.

d) Each plenary forum should apply its own ranking rules for classification of an distribution to secured and privileged claims.

e) Classification of common claims should be co-ordinated among plenary fora. Distributions to common claims should be *pro-rata* regardless of the forum from which a claim receives a distribution.

f) Estate property should be allocated (after payment of secured and privileged claims) among, or distributions should be made by, plenary fora based upon a *pro-rata* weighing of claims filed in each forum. Proceeds of voiding rules not available in every plenary forum should be

Alt A: Allocated *pro-rata* among all plenary fora for distribution.

Alt B: Allocated for distribution by the forum which ordered voiding.

g) If the estate is subject to local regulation that involves an important public policy (such as a banking or insurance business), local assets should be used first to satisfy local creditors that are protected by that regulatory scheme (such as bank depositors and insurance policy holders) to the extent provided by that regulatory scheme.

PRINCIPLE 5

A limited proceeding shall, after paying secured and privileged claims, as determined by local law, transfer any surplus to the main forum or another appropriate plenary forum.

PRINCIPLE 6

Subject to principle 8, the official representatives may employ the administrative rules of any plenary forum in which an insolvency proceeding is pending, even though similar rules are not available in the forum appointing the official representative.

PRINCIPLE 7

Subject to principle 8, the official representatives may exercise voiding rules of any forum.

PRINCIPLE 8

a) Each forum should decide the value and allowability of claims filed before it using a choice of law analysis based upon principles of international law. A creditor's rights to collateral and set-off should also be determined under principles of international law.

b) Parties are not subject to a forum's substantive rules unless under applicable principles of international law such parties would be subject to the forum's substantive laws in a lawsuit on the same transaction in a non-insolvency proceeding. The substantive and voiding laws of the forum have no greater applicability than the laws of any other nation.

c) Even if the parties are subject to the jurisdiction of the plenary forum, the plenary forum's voiding rules do not apply to transactions that have no significant relationship with the plenary forum.

PRINCIPLE 9

A composition is not barred because not all plenary fora have laws which provide for a composition as opposed to a liquidation, or a composition cannot be accomplished in all plenary fora, as long as the composition can be effected in a non-discriminatory manner.

PRINCIPLE 10

To the extent permitted by the substantive law of a forum, courts of that forum will not give effect to acts of state of another jurisdiction used to invalidate otherwise valid pre-insolvency transactions.