

Globalización y crisis: ¿Cómo se gestiona una insolvencia internacional?

DALE BECK FURNISH*

Profesor Emérito

Facultad de Derecho Sandra Day O'Connor

Arizona State University

Tempe, Arizona 85287-7906

“Principio principiando; principiar quiero, por ver si principiando, principiar puedo”. ~ Ricardo PALMA, “El Alacrán de Fray Gómez” en *Tradiciones Peruanas* (7ª Serie, 1887).

SUMARIO: 1. AGRADECIMIENTO. 2. EL PROBLEMA DE FUENTES PARA LAS INSOLVENCIAS INTERNACIONALES. 2.1. *Los principios que puso el Dr. Rafael Grasa Hernández en su Curso sobre los conflictos Violentos*. 2.1.1. Primer principio: El problema no es el conflicto; el problema es el manejo del conflicto en las relaciones internacionales. 2.1.2. Segundo principio: Identificar las estructuras y las culturas para resolver los conflictos entre ellos. 2.1.3. Tercer principio: Sobre todo, buscamos resoluciones pacíficas de los conflictos; evitamos las fuerzas coercitivas. 2.1.4. Cuarto principio: Hablan mucho de la diplomacia preventiva, pero no funciona. 2.2. *Sumario de principios*. 3. LA RAÍZ DEL CONFLICTO: ¿POR QUÉ NO PUEDEN SACAR REGLAS SUSTANTIVAS ARMONIZADAS SOBRE LA INSOLVENCIA INTERNACIONAL? 3.1. *Los convenios en materia mercantil*. 3.2. *Las leyes modelos sobre temas mercantiles*. 3.3. *El difícil caso de las insolvencias internacionales*. 3.3.1 El ejemplo de la banca internacional. 3.3.2. Sistemas nacionales que no cambian para acomodar cuestiones globales. 3.3.3. La aplicación a las insolvencias internacionales de los cuatro principios del Dr. Grasa Hernández sobre los conflictos Violentos: ¿un paradigma idóneo? 4. IDENTIFICANDO LOS CONFLICTOS JURÍDICOS Y CULTURALES EN LAS INSOLVENCIAS INTERNACIONALES. 4.1. *El crecimiento y el cambio del comercio global siguen en marcha mientras las leyes nacionales se quedan atrás por la naturaleza del derecho frente a nuevas circunstancias*. 4.2. *Las leyes, como elemento esencial en la Estructura*

* Quisiera reconocer y agradecer las contribuciones invaluableles al presente trabajo por el Bibliotecario David Gay, adepto en investigaciones nacionales e internacionales, y la Lic. Mary Curtin, ayudante de investigación y egresada en la promoción de 2014, ambos de la Sandra Day O'Connor College of Law en la Arizona State University. Los dos sobrepasaron lo suficiente en cumplir con sus tareas y compartieron las inquietudes del autor en el tema, salvándome de errores de hecho, Derecho y juicio. Desafortunadamente, no pudieron salvarme de todos y los que se quedan corresponden únicamente al autor.

cultural, se hacen a nivel nacional. 4.3. La gestión global exige entregarse a las soberanías nacionales y sus leyes. 4.4. Las empresas globales saben manejar las controversias y las disputas una por una, dentro de las jurisdicciones nacionales. 5. LAS INSOLVENCIAS PRESENTAN UN PROBLEMA DISTINTO. 5.1. La idea de una resolución integral y los elementos que la complican en el procedimiento de una insolvencia internacional. 5.1.1 Bienes y derechos en muchos países. 5.1.2 Los límites de la competencia judicial proyectada a países extranjeros. 5.1.3. Las posibilidades de manejar el problema en un tribunal experimentado en la insolvencia. 6. UN CASO EJEMPLAR: LA INSOLVENCIA DE LA AVIANCA, AEROLÍNEA COLOMBIANA, ANTE EL TRIBUNAL DE QUIEBRAS DE NUEVA YORK, MUESTRA DE UNA INSOLVENCIA INTERNACIONAL INTEGRAL QUE PRACTICABA NUESTROS PRINCIPIOS. 6.1. La AVIANCA es una empresa colombiana. 6.2. Los contactos financieros de la AVIANCA con los Estados Unidos, con Colombia y con otros países y los conflictos entre ellos. 6.2.1. El fideicomiso a favor de los empleados. 6.2.2 La garantía mobiliaria del Bank of New York en las cuentas a favor de la AVIANCA por cobrar contra tarjetas de crédito estadounidenses. 6.2.3 Los arrendamientos financieros con los vendedores de aviones, motores y otros equipos. 6.2.4 Sumario de los conflictos sobre los bienes de la AVIANCA. 7. ¿QUÉ BUSCABA LA AVIANCA AL INICIAR LA INSOLVENCIA EN LOS EEUU? 8. LAS CONSIDERACIONES QUE MÁS PROBABLEMENTE INCENTIVARON A LA AVIANCA EN ELEGIR A TRIBUNALES ESTADOUNIDENSES PARA SU INSOLVENCIA. 8.1. La posibilidad de reestructurar sus deudas ante un tribunal experimentado y dispuesto en el proceso, que aplica una norma coherente y completa. 8.2. El carácter y la orientación de los tribunales de quiebras estadounidenses: un foro especial. 8.3. Ventajas normativas disponibles en el proceso de la reorganización bajo el Capítulo 11 del Código de Quiebras. 8.3.1 El paro automático. 8.3.2 El deudor sigue en posesión y operación de la empresa. 8.3.3 La rescisión de contratos ejecutorios y el *cram-down*. 8.3.4 Los criterios sofisticados de los tribunales de quiebras neoyorquinos en aplicar estas ventajas normativas al caso particular. 9. LA CUESTIÓN DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE QUIEBRAS SOBRE UNA INSOLVENCIA INTERNACIONAL. 9.1. La jurisdicción básica bajo el CdQ §109 y la resolución del Tribunal en aplicarla. 9.2. La voluntad del Tribunal en insistir sobre su jurisdicción: CdQ §305 (a)(1). 9.3. Elementos reconocidos por el Tribunal de Quiebras en AVIANCA que deben limitar la competencia sobre quiebras internacionales. 10. LECCIONES DEL CASO AVIANCA A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS SOBRE CONFLICTOS VIOLENTOS. 11. LAS FUENTES INTERNACIONALES Y CÓMO SE TRATAN LAS INSOLVENCIAS INTERNACIONALES. 11.1. La búsqueda de un régimen internacional. 11.2. Las fuentes internacionales: reglamentos, leyes modelos y pautas. 11.3. El problema de la insolvencia internacional en términos del Derecho Internacional Privado: ¿cuál es el enfoque indicado? 11.4. Los dos modelos de leyes nacionales sobre la insolvencia y las diversas leyes nacionales sobre materias relacionadas: fuentes de conflictos. 12. EL MANEJO DEL PROBLEMA FRENTE A LAS ESTRUCTURAS QUE DAN LUGAR A LOS CONFLICTOS EN LAS INSOLVENCIAS INTERNACIONALES. 12.1. Primera iniciativa para controlar los conflictos causados por la estructura de la soberanía territorial: el universalismo. 12.1.1. El intento de determinar el tribunal con competencia universal por el centro de intereses principales del deudor. 12.1.2. La imposibilidad de una competencia universal en las insolvencias internacionales. 12.2. Una política factible y sostenible: el territorialismo coordinado y cooperado. 12.3. La distinción entre la competencia y la jurisdicción y cómo funcionan en las insolvencias internacionales: el eje del territorialismo. 12.4. El territorialismo limita los incentivos del *forum shopping*, o el “irse de compras” para encontrar el tribunal que más le favorece en su insolvencia. 13. UN REGLAMENTO QUE DEMUESTRA LA FACTIBILIDAD DEL TERRITORIALISMO. 13.1. Perspectivas europeas hechas globales: pautas universalistas territoriales en el camino hacia la cooperación y la coordinación entre tribunales nacionales ante una insolvencia internacional. 13.2. Desarrollando la práctica de la competencia

principal en un tribunal rector. 13.3. El manejo del problema por Reglamento y Principios Globales: concretando la cooperación para especificar las formas y los canales de la comunicación, habilitando una coordinación efectiva en el tribunal rector. 13.4. Las leyes nacionales tocantes a la insolvencia siguen diversas en la UE, con la bendición del Reglamento. 13.5. Procesos refinados de cooperación judicial. 14. PENSAMIENTO FINAL.

RESUMEN. El artículo contempla el problema creciente de la insolvencia internacional causada por las personas jurídicas y naturales con bienes y operaciones en países múltiples, creando insolvencias sujetas a leyes nacionales distintas. Se ha demostrado la imposibilidad de que los países acuerden un régimen común sobre la insolvencia. Ningún país está dispuesto a ceder soberanía a los tribunales y las leyes de otra nación, ni tampoco a crear unas normas concretas sustantivas especiales para las insolvencias internacionales. La comunidad internacional tiene que encontrar una manera de coordinar las leyes e intereses de todos los países afectados, respetando sus sistemas variados de prelaciones y procedimientos. Parece haberse llegado al consenso de que la cooperación judicial, administrada por un tribunal nacional con competencia principal, pudiera resolver los problemas. El Instituto Internacional de la Insolvencia y el Instituto del Derecho Americano (ALI) han seguido esa visión, juntándose para redactar principios mundiales (III/ALI 2012), apoyados en los precedentes de Europa (Reglamento sobre las Insolvencias Transfronterizas, 2002, y las modificaciones propuestas en 2012), Norteamérica (TLCAN/ALI-2006) y la UNCITRAL (Ley Modelo, 1997). Estos antecedentes parecen demostrar que los principios de cooperación, comunicación y coordinación entre tribunales de países distintos pueden dar lugar a un sistema viable, pero la diversidad de las leyes nacionales deja mucho para un desarrollo futuro.

ABSTRACT. This article contemplates the growing problem of international insolvency caused by the fact that businesses and individuals increasingly have assets and operations in multiple countries, making their insolvency subject to different national laws. It has become clear that countries cannot agree on a common regime of insolvency. Countries will not alter their existing insolvency laws to surrender sovereignty to another nation's courts and laws, nor will they accede to a special set of rules for international insolvencies. Instead, the international community must find some way to coordinate the laws and interests of all countries affected, taking into account their varying schemes of priorities and procedures. The international community seems to have arrived at a consensus that judicial cooperation, administered by a single country's court exercising principal jurisdiction, can resolve the issues. The International Insolvency Institute and the American Law Institute have actively supported that approach by joining to draft principles for the world (III/ALI 2012), building on precedents in Europe (2002 Regulations on Transnational Insolvencies and 2012 proposed modifications), North America (NAFTA/ALI, 2006) and UNCITRAL (Model Law, 1997). These precedents appear to demonstrate that the principles of cooperation, communication and coordination between national courts might give rise to a workable system, but the diversity in national laws leaves much to sort out in the future.

Palabras clave. Insolvencia internacional, insolvencia transfronteriza, cooperación judicial, coordinación de prioridades y procedimientos, leyes nacionales, prelación de reclamos, principios internacionales, principios globales, Reglamento Europeo (2002, 20120), Principios III/ALI (2012), Principios NAFTA/ALI (2006), Ley Modelo UNCITRAL (1997), universalismo y territorialismo, competencia y jurisdicción, tribunales rectores, tribunales de competencia principal, tribunales supletorios.

Keywords. International insolvency, transnational insolvency, judicial cooperation, coordination of priorities and procedures, national laws, priority of claims, international principles, global principles, European Regulation (2002, 2012), Principles III/ALI (2012), North American Principles NAFTA/ALI (2006), UNCITRAL Model Law (1997), universalism and territorialism, competence and jurisdiction, courts of principle jurisdiction and of secondary jurisdiction, courts with administrative oversight.

1. AGRADECIMIENTO

Cabría empezar con un agradecimiento a la Universidad del País Vasco por el honor de la invitación a participar en los Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2014. Reunieron 90 estudiantes de nueve países diferentes, de carreras universitarias distintas, para desarrollar un programa casi tan variado en sus temas como los estudiantes en sus países de origen y en su formación. Creó un ambiente muy estimulante desde muchas perspectivas, tanto nacionales como de disciplinas. Fue un gran gusto enseñar a esos estudiantes y conversar con ellos sobre sus inquietudes jurídicas, políticas y sociales, mientras íbamos conociendo el ambiente vasco y las preocupaciones locales.

No fueron menos los esfuerzos de los organizadores, con una gentileza infatigable y una administración impecable. Claro, contaron como sede con las instalaciones de la UPV en la municipalidad de Vitoria-Gasteiz, una ciudad sumamente amena en buena temporada. Fue un sitio anfitrión de primera índole, alentando la estadía y provocando el intercambio intelectual a la vez, con un buen trato humano y amistoso.

Total, no pudiera haber puesto unas condiciones mejores para exponer y aprender los temas internacionales. Fue todo un privilegio estar y participar. Solo da pena el tiempo corto y que al final todos tuvimos que dejar el lugar y el evento, llevando calurosos recuerdos y perspectivas compenetradas para estudios futuros.

2. EL PROBLEMA DE FUENTES PARA LAS INSOLVENCIAS INTERNACIONALES

Había una razón para empezar esta ponencia con el refrán de Ricardo PALMA, que ha de cumplir más de 150 años. No tiene que ver con

alacranes ni con el Fray GÓMEZ¹, pero mucho que ver con el proceso internacional, donde no existe una autoridad máxima con el poder de imponer una norma global sobre circunstancias supranacionales, porque esas circunstancias escapan a las competencias efectivas establecidas, que son todas nacionales². Su naturaleza *internacional* invoca la concurrencia de autoridades, donde hay muchos intereses soberanos pero falta de poder definitivo.

Quisiera dejar claro desde el principio que no acredito la capacidad de los Convenios y Acuerdos internacionales para poder resolver definitivamente los conflictos entre regímenes nacionales. La trayectoria de los acuerdos internacionales en esta materia demuestra el efecto. Sus redactores han llegado a confiar en el concepto general de la cooperación judicial, llevada a cabo por la comunicación y la coordinación entre tribunales de países distintos, en vez de intentar poner normas concretas o definitivas sobre las insolvencias internacionales. Esta idea, la única factible, deja algo que desear frente a un problema que exige respuestas concretas.

De la misma manera, las normas nacionales rigen hasta las fronteras del país legislador³. No pueden presumir tener un efecto más allá, aun cuando en algunos casos otro país podría aceptar la aplicación del derecho extranjero en resolución de un conflicto de leyes. Estos casos se basan en la voluntad del sistema jurídico en reconocer y aplicar un derecho extranjero. Rige la voluntad del país receptor que aplica, no del país fuente de la norma aplicada. No resuelven todos los conflictos a favor del derecho extranjero,

1. Aunque las circunstancias que invocan las insolvencias internacionales pueden picar como alacrán; y la fe en Dios de un fraile y el fruto del Espíritu –como la paciencia, el control, la paz, la bondad, la fidelidad, la gentileza, y la compasión– son elementos cuya presencia puede ayudar mucho en llegar a la resolución de una insolvencia internacional, u otra cualquiera disputa legal.
2. Las integraciones regionales, de las cuales califico la Unión Europea a la cabeza, aún faltan ese poder de imponerse, a través de un monopolio en la fuerza ejecutiva. Si la EU no alcanza ese nivel, mucho menos grupos comerciales como el TLCAN y el MERCOSUR. Tienen compromiso de acción en conjunto, según reglamento acordado, pero no hay manera de efectuar el compromiso por encima de la resistencia unilateral. Cuentan solo con la fuerza moral y los tratos diplomáticos. Dependen de la voluntad de las partes, que siguen siendo soberanos y haciendo caso primero a sus constituyentes, antes que a la región.
3. Reconozco que la jurisdicción expandida –o “de brazo largo”– de los EEUU forma la excepción en el ambiente internacional. Se orienta con el criterio de “contactos significativos” (*meaningful contacts*) o “contactos suficientes”, ejerciendo competencia cuando hay efectos dentro del país relacionados con actos o bienes de partes extranjeros. Aun así, en todo rigor, la base jurisdiccional se define por el territorio estadounidense, solo que se lo hace muy sensible a cualquier acto o presencia por más efémera que fuese. La competencia legislativa y judicial no pasan las fronteras, pero son agresivas en cuidarlas.

ni mucho menos. En el Derecho Internacional Privado, los tribunales nacionales de excepción aplican el derecho extranjero.

A estas alturas, tratándose de la insolvencia internacional, lo más que pretenden las normas internacionales –convenios, acuerdos y otros; sean binacionales o multinacionales– es implantar *principios*. Este proceso vale mucho, porque orienta el proceso de aplicar un concepto general como la cooperación judicial. Fíjense que es distinto del proceso de aplicar las disposiciones nacionales, que no dependen tanto de principios sino más bien de la letra de la ley. Es letra con garra, que se impondrá por encima de la voluntad del sujeto afectado y sin pedir permiso ni buscar vías diplomáticas. Debe haber principio y propósito en la letra, pero la letra se reivindica aplicándose, aun cuando el sujeto de la aplicación no encuentre en ella ningún principio y/o no esté de acuerdo con ese principio si lo entiende. El proceso internacional exige principios y recurre a los principios desde el comienzo, buscando el acuerdo en el principio para acordar su aplicación, en pos de objetivos en común.

El dicho de Ricardo Palma tiene el doble sentido de estar en el principio de algo y de intentar poner principios básicos y perdurables. En el caso nuestro, de la insolvencia internacional, valen los dos sentidos. Estamos recién comenzando con la insolvencia internacional como fenómeno creciente y permanente en la globalización y necesitamos poner principios orientadores con vigencia y aplicación en un ambiente supranacional. O sea, principiamos principiando; principiar queremos, por ver si principiando, principiar podemos.

2.1. LOS PRINCIPIOS QUE PUSO EL DR. RAFAEL GRASA HERNÁNDEZ EN SU CURSO SOBRE LOS CONFLICTOS VIOLENTOS

El colega Rafael GRASA HERNÁNDEZ, Profesor Titular de Relaciones Internacionales en la Universidad Autónoma de Barcelona, en el primer Curso de 2014 habló de “Consolidación y construcción de la paz y nuevos rostros de la violencia: la evolución de la teoría y de la práctica dos décadas después del fin de la guerra fría”. Puede que parezca no tener nada en común su tema con la insolvencia internacional, pero encontré en la ponencia que el planteaba unos principios esenciales tanto en la discusión mercantil como en la bélica. Mientras los Cursos iban saliendo durante la semana –abarcando los conflictos violentos, la primavera árabe, el medio-ambiente, el Ártico y cambios climáticos, el ciberespacio y la seguridad, y los regímenes matrimoniales y la madre de sustitución– me fijé en las referencias que compartían. Entrando con la idea de que íbamos a escuchar una variedad de temas sin mayores referencias entre ellos, y que pudiera enriquecer mi formación internacional en materias que son de afición pero sin pretensiones

de investigación y análisis a nivel profesional, poco a poco me convencí de la base común del proceso internacional y sus principios fundamentales, no importa el tema. Perdí algunos Cursos durante la semana, pero no dudo que hubieran tocado los mismos principios básicos que se refirieron en los otros, pues estuvieron presentes de forma constante.

Ahora vuelvo a los principios destacados en la ponencia de Rafael GRASA HERNÁNDEZ, poniendo una serie de conceptos primordiales para el análisis de la insolvencia internacional, aun cuando él los utilizaba en un contexto diferente. Las insolvencias internacionales son producto de relaciones amistosas, de intercambios de personas, capitales, bienes y servicios dentro de un sistema global que procura fomentar los lazos comerciales entre países que comparten ciertos criterios mercantiles y mantienen relaciones diplomáticas. Los conflictos violentos, por otro lado, resultan del rechazo de la presencia de elementos ajenos, e intentan conquistar, destruir o expulsar esos elementos por la fuerza, desdeñando los tratos diplomáticos. Curioso, entonces, que los principios que rigen para los conflictos violentos también se apliquen a las insolvencias internacionales, pero sostengo que así es.

Seguro que el Profesor GRASA HERNÁNDEZ no planteó sus principios pensando en las insolvencias internacionales, tal y como yo no pensé en los conflictos violentos cuando hice el análisis de las insolvencias internacionales. Son temas lejanamente separados. Consta, sin embargo, que mientras le escuchaba dictar su Curso no pude evitar la comparación entre el tema de los conflictos armados y los conflictos de leyes mercantiles. No pude escapar a la convicción que los principios que se derivaron de los conflictos violentos fuesen de mucha utilidad en el análisis de la insolvencia internacional. No le avisé que veía mucho terreno en común entre nosotros ni que iba utilizar sus principios en esta ponencia. Si el Profesor GRASA llega a leer esta ponencia, espero que no le decepcione el uso de sus principios en otro tema⁴. La verdad es que me inspiraron con su aplicación acertada en un ámbito para el cual no se habían formulado. ¿Acaso todos los temas internacionales –sean lo que sean, por la participación de más de un Estado– caben siempre en los mismos parámetros y bajo los mismos principios?

2.1.1. Primer principio: El problema no es el conflicto; el problema es el manejo del conflicto en las relaciones internacionales

El primer principio del Profesor GRASA era, si lo entendí bien, “El problema no es el conflicto; el problema es el manejo del conflicto en las

4. O peor todavía, que los haya captado mal. O que se me haya escapado un principio clave en la exposición, y no lo conté entre los otros. Cualquier error en apuntar los principios me corresponde a mí, desde luego.

relaciones internacionales". Así, pone el principio básico al comienzo. Habiendo relaciones internacionales entre naciones soberanas, habrá diferencias en varios aspectos entre los sistemas que define cada Estado. El ser humano no es nada, si no variado en la formación de sus grupos constituyentes. Puede haber semejanzas, pero ningún país en la formación de sus usos, sus costumbres, sus políticas, sus leyes, su orden público, su *volksgeist*⁵ ha podido duplicar a otro país. Hay algo en la naturaleza humana que se resiste a esa posibilidad. Siempre hay "nosotros" y "ellos"⁶. Y "ellos", por más simpáticos que sean, nunca serán "nosotros". Entonces, habrá conflictos a nivel internacional⁷. Es una circunstancia invariable de nuestra existencia. El conflicto es un hecho. El problema viene de la manera en que manejamos el conflicto. Si lo manejamos bien, y lo resolvemos, el problema desaparece y en su lugar tendremos un sistema estable... hasta surgir el próximo conflicto, creando otro problema en su manejo.

Esta es exactamente la situación con las insolvencias internacionales. Durante milenios no existían mayores conflictos sobre las insolvencias internacionales, porque fueron virtualmente desconocidas⁸. Ahora, en un mundo de naciones soberanas, y producto de los cambios globales en el comercio, la industria y los capitales, tenemos muy presentes las insolvencias internacionales. El problema radica en cómo manejarlas al nivel internacional, a través de las relaciones internacionales.

-
5. En el sentido del término que utilizó SAVIGNY.
 6. También existirán a veces varios "nosotros" y "ellos" dentro del mismo país, dando lugar a conflictos intra-nacionales. El País Vasco, sede de los Cursos de Verano en Vitoria-Gasteiz, podría ser un ejemplo de un pueblo separado dentro de una nación. Las minorías en muchos países sufren discriminación que las apartan de otros sectores del pueblo. No obstante, aquí enfocamos los aspectos globales del fenómeno de la insolvencia internacional, aspectos que deben de producirse por encima de las fronteras nacionales y entre los países soberanos. No se hace referencia a los disidentes internos.
 7. Aunque a primer golpe parecería contradictorio, los conflictos suelen aumentar mientras más cerca las relaciones. Una anécdota ilustrativa es la expresión del Presidente de los EEUU, Ronald Reagan, cuando se firmó el acuerdo de libre comercio entre Canadá y su país en 1988. Alguien comentó, "Que alivio. Ahora terminarán los conflictos sobre comercio entre nuestros dos países". De inmediato, Reagan contestó, "En absoluto. Piensa en los matrimonios. Van a aumentar los conflictos. Pero ahora tenemos un sistema de resolverlos y un compromiso a utilizarlo".
 8. Vale recordar que el comercio durante muchos siglos se llevó a cabo por una sociedad peregrina y supranacional –y, por cierto, una sociedad sospechada y desprestigiada por las sociedades municipales no peregrinas– con los sindicatos de comerciantes y las ferias con sus propias reglas que se aplicaban donde quiera, sin referencia a fronteras nacionales.

2.1.2. Segundo principio: Identificar las estructuras y las culturas para resolver los conflictos entre ellos

El segundo principio que puso el Profesor GRASA en su ponencia se expresó, “Tenemos violencia, o conflictos, entre las estructuras. Precisa identificarlas para resolver los conflictos que producen. Otra manera de analizarla es fijarse en la violencia como un fenómeno cultural”. Este principio se aplica aún más a las insolvencias internacionales. Son exactamente las estructuras nacionales, creadas por los sistemas jurídicos y políticos de cada país, las que hacen los conflictos presentes en las insolvencias internacionales. Esos conflictos, por cierto, no se manifiestan en una violencia armada, pero sí generan conflictos entre sistemas.

Estos choques estructurales-culturales se vuelven irreconciliables en un solo foro, porque cada país implicado insiste en sus propias reglas por la parte de la insolvencia que corresponde a su competencia nacional. O sea, habrá bienes, personal, operaciones y otras formas de presencia en varios países, cada uno con sus propias reglas sobre esos elementos mientras se encuentran dentro de su jurisdicción. No reúnen todos los intereses bajo una sola jurisdicción; de allí el conflicto de leyes.

De entrada, los conflictos irresolubles inherentes imponen una contradicción al concepto básico de la insolvencia: un deudor cuyos bienes (activos) no son suficientes para pagar sus deudas (pasivos) inicia un procedimiento de entrega de todo su activo ante un tribunal que recibe los reclamos de todos sus acreedores, y enseguida liquida y/o distribuye los bienes en una sola sentencia, dejando resueltos todos los reclamos contra todos los bienes del deudor en un procedimiento integral. Es el concepto básico de la insolvencia, y su razón de ser, y se queda frustrado en el ámbito internacional, justamente porque no se puede acudir a un solo tribunal cuya jurisdicción abarca todas las partes, reclamos y bienes implicados.

El principio es cierto: el conflicto se queda en estructuras nacionales distintas. Cada país se defiende dentro de sus límites políticos a la vez que se resiste a la invasión de otro Estado, sea con tropa o con norma jurídica⁹.

9. Cabría fijarse, en este contexto, en los conflictos de leyes que ocurren en un sistema unificado, como en los EEUU. Habrá conflictos entre las leyes estatales, pero la Constitución y el sistema de la unión federal los mitigan en el sentido de resolverlos dentro de un sistema aplicable a todos, por la garantía de plena fe y crédito a las sentencias de otros Estados. Así que no puede haber un conflicto en sentencias, ni hay dificultades en el reconocimiento ni la ejecución de sentencias entre Estados. La excepción del orden público no existe entre Estados dentro de la misma república constitucional. La sentencia de un Tribunal estatal se reconoce en otro Estado simplemente al inscribirla. El Tribunal al emitir una sentencia ha comprometido a todos los tribunales nacionales a respetar, reconocer y ejecutar esa sentencia. Entre naciones soberanas, el reconocimiento de la sentencia extranjera es cuestión de

Las bases son culturales. La cultura podría descubrir el propósito y el sentido de la letra. Para entender bien la estructura, tendrá que ubicarla en su contexto cultural. Identificar las diferencias entre sistemas podría dar la posibilidad a relaciones internacionales efectivas de superar el obstáculo de las “violencias” jurídica-culturales. En efecto, eso está pasando en el trato internacional de la insolvencia, derivando principios que corresponden a los puntos culturales y buscando métodos y procesos –si no reglas sustantivas– en común que permiten la reconciliación.

2.1.3. Tercer principio: Sobre todo, buscamos resoluciones pacíficas de los conflictos; evitamos las fuerzas coercitivas

“Sobre todo”, según GRASA HERNÁNDEZ, “buscamos resoluciones pacíficas de los conflictos. Evitamos las fuerzas coercitivas como la agresión, amenazas a la paz e incidentes violentos”. A este jurista mercantilista, observador mas no analítico de las relaciones internacionales, el mundo de hoy en día le parece lleno de agresiones, amenazas a la paz e incidentes cada vez más violentos brotando en todas partes del mundo. Si el principio de buscar resoluciones pacíficas vale en el contexto de los conflictos violentos, cuánto más valdrá cuando se trata de las insolvencias internacionales.

No es que no existan las fuerzas coercitivas en las insolvencias. En situaciones mercantiles, casi siempre existen ventajas en cuanto a la ubicación, la transferencia o el uso del activo que comprometen una u otra parte con un sistema nacional. Donde existe la ventaja, sin embargo, también existen desventajas. No hay sistema cien por ciento positivo. Muy a menudo, ampararse en las ventajas de un sistema hace perder en su turno algunas ventajas correspondientes a otro sistema. El cálculo se enreda y las operaciones se paralizan frente a los conflictos de leyes. La fuerza coercitiva de normas nacionales opuestas no soluciona nada, sino que eleva el conflicto a niveles más altos, complicando la resolución y dándose lugar a un ciclo vicioso que no tiene salida. Nadie gana, ni podría salir adelante.

Tal como en los conflictos violentos armados, igual ocurre en los conflictos de leyes mercantiles llevado a cabo en los tribunales de varios países. Lo que vale, lo que sostendrá el sistema y permitirá el desarrollo del comercio global, son medidas pacíficas para resolver los conflictos en las insolvencias internacionales, como en otras disputas y controversias

voluntad, no de garantía constitucional. Permite el rechazo de la sentencia extranjera por violación de orden público o por no estar conforme con las leyes nacionales, como por ejemplo las leyes sobre la insolvencia.

mercantiles¹⁰. Hay que llegar a un acuerdo global en cada insolvencia internacional. Mientras no han identificado todo el activo del deudor, mientras no se han sometido todo ese activo a un proceso único, mientras no han resuelto la validez y la prelación entre todos los reclamos, no hay una insolvencia idónea sino un caos de reclamos, una cacofonía sin tono ni voz principal; un conflicto no resuelto que nunca podría resolverse.

2.1.4. Cuarto principio: Hablan mucho de la diplomacia preventiva, pero no funciona

Finalmente, el Profesor GRASA descartó la posibilidad de utilizar la diplomacia preventiva para evitar los conflictos violentos, y puso el principio, “Hablan mucho de la diplomacia preventiva, pero no funciona”.

Cabe aplicar este principio a la insolvencia internacional con cuidado. Es cierto en el sentido de que cada insolvencia es única y no hay forma de resolverla antes de que suceda. Hay que reunir todos los hechos y asimilarlos antes de poder sacar una resolución fidedigna e integral. Cada caso es distinto y exige un trato especial imposible de prever. No obstante, sí se podría aprovechar de métodos y principios puestos preventivamente por acuerdos anteriores al entrar en conflicto¹¹. Las insolvencias –y me imagino, los conflictos violentos– llevan patrones y rasgos en común. En este sentido, pueden practicar la diplomacia preventiva.

En las insolvencias internacionales, cuando llegan al momento definitivo, aun cabe la posibilidad entre las múltiples partes en una insolvencia de transigir todo los puntos en conflicto y sacar una resolución pre-cocida antes de entablar el procedimiento jurídico. No es fácil, pero hay

10. El arbitraje ha cobrado gran importancia por representar una medida pacífica para resolver conflictos internacionales, escapando por encima de los regímenes nacionales. En muchos contratos mercantiles, las partes de países distintos se someten de mutuo acuerdo al arbitraje en caso de disputa o controversia, por una cláusula compromisoria. Suelen especificar el sitio, el idioma, el derecho aplicable, y la organización que se encargará del arbitraje. El arbitraje no basa su competencia en ningún sistema nacional, sino en el acuerdo de las partes, reconocido por todo estado. Desafortunadamente, las insolvencias internacionales no se prestan al arbitraje. Técnicamente sería posible, pero tendría que lograr el acuerdo unánime de todas las partes en aceptar el arbitraje después de producir la insolvencia, resultado difícil de conseguir.
11. Las negociaciones entre un deudor en apuros económicos y sus acreedores son normales. Suelen llegar a un acuerdo y ajustar las obligaciones originales del deudor, que se han vuelto imposibles de cumplir, en un esfuerzo de salvaguardar el negocio del deudor a la que satisfacer sus deudas, solo con términos y condiciones distintos de los originales. Los acreedores casi siempre prefieren esta posibilidad antes de tener que declarar al deudor incumplidor y ejecutar su derecho ante el poder judicial. Vale tener en cuenta que muchos de estos acuerdos de ajuste fracasan al final cuando los deudores tampoco pueden cumplir con las obligaciones más favorables.

abogados especialistas que han demostrado cierta aptitud y la destreza para poderlo hacer. Es más, mientras hay abogados y jueces especialistas en las insolvencias, van formando una especie de cuerpo “diplomático” en la materia¹². Practican una forma de diplomacia preventiva, anticipando y superando los conflictos más difíciles desde el principio y conduciendo las insolvencias a una resolución aceptable para todas las partes. Claro, el grado de dificultad se multiplica en las insolvencias internacionales donde se tienen que tomar en cuenta varios regímenes legales e intereses dispersos, pero hay abogados y jueces experimentados en la materia que van cobrando más experiencia y más sabiduría mientras más se produce el fenómeno.

Quizás a las fuerzas involucradas en los conflictos violentos no se les convence con diplomacia preventiva; son de visión concentrada e incambiable. No ven la razón por otro lado. Ya estallado el conflicto, difícil apaciguarlo con diplomacia. Parece siempre aumentar la violencia del conflicto a niveles insoportables durante un largo plazo de tiempo antes de tener razones suficientes para llegar a la mesa de negociaciones diplomáticas.

En esos aspectos, creo que las insolvencias internacionales no comparten los criterios de los conflictos violentos. A fin de cuentas, son intereses comerciales y económicos. Aun cuando se definen en términos y reglas distintos según las culturas nacionales, no llegan al grado de cultura que invoca la identidad misma de un pueblo. Toca patrimonio mercantil, no patrimonio nacional, no patria. Los criterios de una insolvencia internacional responden a la razón y a la negociación y al trueque.

El cuarto principio del Dr. GRASA HERNÁNDEZ muestra la diferencia entre lo mercantil y lo armado. La pelea en una insolvencia no exige la vida de las partes. Al contrario, el propósito de las partes es salir con las vidas intactas y todo beneficio disponible, reduciendo las pérdidas lo más posible. Gente con estas actitudes suele ser más tratable y, a sabiendas que no habrá satisfacción completa, conformarse con lo mejor que pueden sacar. No insisten en ganar o morir.

2.2. SUMARIO DE PRINCIPIOS

Entonces, no obstante las diferencias entre los conflictos violentos y las insolvencias internacionales, tienen mucho en común y responden a los mismos principios, que son:

1. El problema no es el conflicto; el problema es el manejo del conflicto.

12. Véase la descripción de los tribunales y los abogados especialistas en Nueva York en el texto acompañante a las notas 31-32 *infra*.

2. Tenemos violencia, o conflictos, entre las estructuras. Precisa identificarlas para resolver los conflictos que producen. Otra manera de analizarla es fijar en la violencia como un fenómeno cultural.
3. Sobre todo, buscamos resoluciones pacíficas de los conflictos. Evitamos las fuerzas coercitivas como la agresión, amenazas a la paz e incidentes violentos.
4. Hablan mucho de la diplomacia preventiva, pero no funciona.

Acepto los cuatro principios derivados de los conflictos violentos en el ámbito global como aplicables a las insolvencias internacionales, con excepción del cuarto principio de la diplomacia preventiva. Reconozco el contexto diferente, distinto en quienes participan y en sus herramientas o, si prefieren, en sus armas para llevarse a cabo el pleito. Tendremos que someter los principios a prueba en su nuevo contexto. Espero que den perspectiva y marco de referencia para captar bien lo que sucede y cómo gestionar una insolvencia internacional. Sostengo que estos cuatro principios ponen una base suficiente para gestionar una insolvencia internacional. Sigo haciendo referencia a los mismos en el resto de esta ponencia.

3. LA RAÍZ DEL CONFLICTO: ¿POR QUÉ NO PUEDEN SACAR REGLAS SUSTANTIVAS ARMONIZADAS SOBRE LA INSOLVENCIA INTERNACIONAL?

Hay un sistema bien desarrollado de fuentes formales para poner las reglas internacionales. Consiste en acuerdos internacionales y en leyes modelos, promulgadas en muchos países. O con los acuerdos o con las leyes, se podría lograr la uniformidad o la armonización entre los sistemas nacionales. En muchos casos los acuerdos o las leyes han conseguido ese efecto, pero hay otros temas que resisten los esfuerzos de hacer un régimen común. Las insolvencias internacionales caen en esta categoría, por razones que explicaremos.

Los convenios sirven normalmente como fuentes sustantivas sobre cuestiones internacionales. En los últimos años, se han redactado, acordado y puesto en vigencia en el ámbito global varios convenios sobre temas mercantiles, acatando el desarrollo acelerado del intercambio en el comercio internacional. Otra modalidad auspiciada por las organizaciones internacionales en sus foros sobre el comercio son las leyes modelos. Presentan dos formas distintas de alcanzar un trato jurídico uniforme entre naciones. Los convenios proponen un régimen unitario al cual los países soberanos pueden adherirse con la ratificación del convenio, incorporándolo a su sistema nacional. En cambio, las leyes modelos anhelan que muchos países

las adopten como leyes nacionales, dando lugar a la uniformidad repitiendo las mismas normas en muchos sistemas nacionales.

El éxito de los convenios depende de la ratificación. Si muchos países, o los países de mayor peso comercial, no ratifican el convenio, queda sin efectos. El éxito de las leyes modelos depende de su promulgación repetida en muchos países, sin variar demasiado su lenguaje en el trámite legislativo.

3.1. LOS CONVENIOS EN MATERIA MERCANTIL

En algunos temas mercantiles, han podido sacar convenios internacionales ratificados por muchos países, los suficientes para crear un régimen virtualmente internacional. Cabe mencionar la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías¹³ (o el CISG, por su título en inglés, *Convention on the International Sale of Goods*) y el Convenio Relativo a las Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil firmado en Ciudad del Cabo¹⁴ (*Capetown Convention*) sobre las garantías mobiliarias internacionales en aviones y otra maquinaria pesada. Se redactaron en el foro internacional, entre los representantes de muchos países, con el propósito de ofrecer la participación a todo país que tenga a bien asumir el compromiso. Estos convenios y similares podrían elaborar un derecho uniforme a nivel global por ofrecer su sistema desde arriba. Ponen un juego de normas concretas, comprometiendo a todo Estado ratificador al mismo orden y reglas. No tienen que ser convenios de ratificación universal para cobrar sus efectos. Entran en una vigencia práctica desde el momento que los ratifiquen los países más importantes en el comercio internacional. Los dos convenios mencionados fueron exitosos en ese sentido; los ratificaron un grupo importante de Estados comerciales.

3.2. LAS LEYES MODELOS SOBRE TEMAS MERCANTILES

En otros temas, las organizaciones internacionales redactaron no convenios sino leyes modelos. En estos casos, la uniformidad se busca no por ratificar y vincularse los países a un régimen único y definitivo, sino por someter la ley modelo al proceso legislativo nacional en cada país. Mientras los convenios se deben de ratificar tal cual –siempre con la posibilidad de hacer reservas en algunas disposiciones– la suerte legislativa de las leyes modelos vive una aventura nueva en cada Estado. No hay garantía de respecto a la

13. Véase http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods.html; <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>.

14. Véase <http://www.unidroit.org/instruments/security-interests/cape-town-convention>; <http://www.unidroit.org/spanish/conventions/mobile-equipment/mobile-equipment.pdf>.

letra modelo ni sus conceptos y propósitos básicos. A veces las legislaturas nacionales, por inexperimentadas en la materia e influenciadas por los grupos de interés que se resisten a los cambios que implica la ley modelo, no captan bien el tema. No son iguales ante la tarea legislativa.

Las leyes nacionales resultantes podrían variar mucho respecto del modelo. Mientras los convenios crean un sistema uniforme, y el proceso de ratificación no pretende cambiar el lenguaje, las leyes modelos difícilmente crearán un sistema uniforme. Las esperanzas más realistas buscan semejanzas entre leyes nacionales. En los mejores casos, salen leyes homólogas, fieles a los conceptos y los propósitos de la ley modelo, aun cuando varían de la letra exacta. En otros casos, las legislaturas nacionales promulgan respecto a leyes inconformes con la letra, los conceptos y los propósitos de la ley modelo que les dio la iniciativa.

Un caso sobresaliente es la ley modelo sobre garantías mobiliarias¹⁵, o sea, sobre las garantías de préstamos con los bienes muebles, como maquinaria, inventarios, cuentas bancarias, cuentas por cobrar, la propiedad intelectual u otros intereses del deudor con valor económico. Otro ejemplo de una ley modelo sería la ley sobre el comercio electrónico. En estos casos, las leyes se han promulgado en varios países y sigue el proceso en América Latina, África y Asia. Las leyes nacionales resultantes demuestran la dificultad de mantenerse fieles, en un foro nacional, al lenguaje, los propósitos y el espíritu de una ley modelo producto de un foro internacional.

3.3. EL DIFÍCIL CASO DE LAS INSOLVENCIAS INTERNACIONALES

En el caso de las insolvencias internacionales, los foros internacionales no han podido sacar ni un convenio internacional, ni una ley modelo. Los derechos jurídicos involucrados en la insolvencia parecen una prueba

15. Véase <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VI-garantiasmobiliarias.htm>. Esta es la ley modelo de la Organización de Estados Americanos ratificada en su Conferencia Especializada Interamericano de Derecho Internacional Privado (CIDIP VI). Existen otros: en la UNCITRAL hicieron toda una Guía sobre las Operaciones Garantizadas. Véase http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-lg/s/09-82673_ebook-S.pdf; http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/security/10-57129_Ebook_Suppl_SR_IP_S.pdf; http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-lg/e/09-85029_EbookTermin-S.pdf. En el Banco Mundial, han hecho un Toolkit sobre las garantías mobiliarias y los registros, y otras publicaciones, pero no una ley modelo: http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/ifc_ext_design/ifc+search/search/searchresultlandingpage?cx=009183910618791464029%3Aik2jtgcdpms&cof=FORID%3A11&ie=&q=secured+transactions+systems+and+collateral+registries+toolkit&siteurl=http%3A%2F%2Fwww.ifc.org%2Fwps%2Fwcm%2Fconnect%2Fifc_ext_design%2Fifc%2Bsearch%2Fsearch%2Fsearchresultlandingpage%3Fcx%3D009183910618791464029%253Aik2jtgcdpms%26cof%3DFORID%253A11%26ie%3D%26q%3Dmanual%2-Bonn%2Bsecured%2Btransactions.

contra el acuerdo. Normalmente, en los foros internacionales de redacción tanto de los convenios como de las leyes modelos, reúnen representantes de todas partes del mundo. Mientras avanza la discusión, encuentran puntos en común y orientado a los puntos en disputa. Quizás algunos países tomarán el liderazgo, orientando los representantes procedentes de países con menos experiencia en la materia. En reuniones bianuales o repetidas durante un tiempo extendido, a menudo utilizando comités de redacción en los intermedios, forman un consenso que permite especificar un conjunto de normas concretas sobre el tema. Los puntos en disputa se resuelven en el interés general de hacer funcionar el sistema.

No todo tema se rinde ante el proceso, sin embargo. Después de casi dos décadas de trato internacional, en varios foros –de ámbito europeo¹⁶, norteamericano¹⁷ o mundial¹⁸– tenemos que reconocer el fracaso con las insolvencias internacionales. No hemos podido acordar un régimen global definitivo, sujetando los regímenes nacionales a la uniformidad. No hace falta norma y doctrina en la materia. Hay mucha discusión jurídica. No obstante, no se prestan a un convenio definitivo, ni tampoco a una ley modelo. Existen convenios sobre el tema, pero no se atreven a imponer reglas que eliminen los conflictos de leyes. Pretenden mejor encomendar los conflictos a la cooperación judicial, reconociendo las leyes nacionales, decretando que ninguna tendrá que ceder a los intereses internacionales, y confiando en que los tribunales lleguen a resoluciones que contemplen la cooperación entre ellos, tomando en cuenta sus diferencias y mediando caso por caso. No dice cómo, más que por conceptos generales como la comunicación y la coordinación. No disponen detalles sobre la ley aplicable en un conflicto, aunque la insolvencia por su naturaleza es un nido de conflictos. Garantizan que los variados países mantendrán vigentes sus variadas leyes de insolvencia.

3.3.1. El ejemplo de la banca internacional

Para empezar a entender el rechazo de un régimen común frente al fenómeno de la insolvencia internacional en auge, tomamos un ejemplo quizás más fácil de captar por la política pública que implica y las personas jurídicas involucradas: la banca. Los bancos privados son personas jurídicas, constituidas en un país bajo sus leyes nacionales. Cada banco tiene un domicilio nacional, pero puede hacer operaciones en todo el mundo desde su casa matriz, llevando consigo los intereses estatales de su domicilio, mientras acata los intereses estatales de cada país en que opere o tenga una sucursal. Últimamente, desde el declive económico que empezó en 2007,

16. Véase el texto acompañante a las notas 87, 90, 108-127, y en la Sección 13. *infra*.

17. Véase el texto acompañante a la nota 88 *infra*.

18. Véase el texto acompañante a la nota 89, 130-135, y en el Párrafo 13.5 *infra*.

las insolvencias han tocado hasta los bancos internacionales, un sector de la economía súper sensible para los gobiernos estatales. Destacan en alto relieve las circunstancias que complican cualquier esfuerzo para redactar un régimen global para las insolvencias internacionales.

Los EEUU, con sede principal de finanzas en Nueva York, y Gran Bretaña, con sede principal de finanzas en Londres, son países cuyas bancas se interrelacionan y controlan entre ellos una parte importante de las finanzas mundiales, con operaciones en todo teatro comercial importante. Entonces, cuando algunos de sus bancos principales de más proyección global experimentaban dificultades y tuvieron que contemplar la necesidad de cesar operaciones y cerrar las puertas, los dos países entablaron negociaciones para ponerse de acuerdo en el trato de las instituciones financieras de suma importancia tanto estatal como comercial. En un artículo publicado en el *Financial Times*¹⁹, Gillian TETT explica el fracaso de las negociaciones dilatadas que se realizaron entre los EEUU y Gran Bretaña para intentar regular las insolvencias bancarias.

Desde 2008 se han realizado varios intentos por armonizar las reglas financieras globales [para cuando fracasa un banco internacional]. Y en algunos sentidos han hecho progreso... La verdad inadmisible que ningún ministro quiere advertir, sin embargo, es que cada paso hacia la coordinación se ha cancelado por un paso atrás por el otro lado, [mientras siguen peleando sobre] qué ley nacional debe aplicarse cuando las disputas se hacen transfronterizas.

[Algunos abogan por] abandonar la fantasía de coordinación. Mejor, [dicen], aceptar la realidad que países distintos tienen reglas distintas... ahora, algunas autoridades en privado parecen conceder [el] punto –precisamente, que la coordinación es una fantasía imposible– y quietamente buscan alternativas. Tómese la cuestión de cómo manejar el fracaso de bancos grandes. Hace cinco años, reguladores británicos y estadounidenses esperaban encontrar una solución coordinada para ese problema. Pero el año pasado reconocieron tácitamente lo inevitable –los supervisores nunca armonizarán sus políticas en cuanto a bancos fracasados o en apuros. En su lugar, acordaron respetar las reglas uno del otro, y establecieron pautas para decidir dónde aplicar cada régimen nacional. “Se trata de encontrar soluciones que funcionen”, dice un ex-regulador británico.

19. Gillian TETT, “Regulators Should Say Who Calls the Shots”, *Financial Times*, 27 de febrero de 2014 (traducción de autor).

Queda pendiente, sin embargo, ver si se pueden encontrar que funcionen entre sistemas existentes en sus propios derechos, como ellos los definen. Quizás, la situación se describe más claramente así: Los conflictos existen y seguirán existiendo. Podemos esperar que en cada conflicto habrá una manera de decidir quién prevalece en imponer sus criterios y sus leyes, probablemente porque tiene los últimos factores de control dentro de sus fronteras. Quien no pueda controlar los bienes y las operaciones de una parte, por más que quisiera poder hacerlo, a final de cuentas cederá el poder de resolución a quien ejerce tal poder.

3.3.2. Sistemas nacionales que no se cambian para acomodar cuestiones globales

Como explicamos arriba, las insolvencias representan un procedimiento multifacético. En un proceso judicial pretenden reunir muchas partes, todos los reclamos de acreedores y todo el activo del deudor insolvente. Tratar esa variedad de problemas en un solo proceso siempre lo hace más complicado que un litigio común y corriente, con dos partes y una o pocas cuestiones para resolver. Las leyes nacionales sobre la insolvencia definen intereses de empleados y otros acreedores con reclamos favorecidos en el derecho por las políticas sociales, fijan prelaciones entre acreedores con criterios variables de un país al otro, y controlan el proceso con procedimientos especiales también variables de un país al otro.

Aparte de las complicaciones inherentes, se discute mucho el concepto básico de la insolvencia. ¿Para qué sirve? ¿Y cuáles son los intereses que deben de reivindicarse en el proceso jurídico?

La idea tradicional data de tiempos medievales, cuando el término “banca rota” refirió a la sanción de romper la banca en que el comerciante que no pudo pagar sus deudas conducía su negocio, en efecto quitándole la posibilidad de volver al mercado. Hoy en día, esa visión apoya un procedimiento casi penal contra el deudor y favorece una liquidación total de sus bienes para repartirlos entre los acreedores, según jerarquías de prioridades detalladas en la norma.

La leyes modernas sobre la insolvencia tienden a manifestar la idea normativa de que la insolvencia sea más circunstancial y casualidad que conducta culpable del deudor. Tiene el móvil básico de aportar un alivio al deudor honrado y darle la oportunidad de empezar de nuevo libre de obligaciones. En ese constructo, los acreedores encontrarán su justicia contra los bienes de la masa entregada al tribunal, y la ley toma en cuenta que parte de la responsabilidad del fracaso financiero correspondiese a los acreedores. Si ellos actuaron agresivamente, y le dieron créditos al deudor

más allá de lo que su activo debe justificar, entonces esos acreedores deben conformarse con un porcentaje bajo de su reclamo, según su porción respectiva de los bienes insuficientes del deudor.

En cuanto a las insolvencias de empresas, el procedimiento moderno procura reorganizarlas, rescatando empleo y compensando a los acreedores a niveles imposibles con una liquidación, y dejando una empresa factible en plena función. Por cierto, es una ilusión de la ley que rara vez se cumple. Estadísticamente, más del 90% de las reorganizaciones no llegan a salir de la insolvencia, y recaen en la liquidación. No obstante, mientras más grande la empresa –con más empleados y trabajadores, con más deudas y acreedores, con más contribución a la economía local y regional– más se esfuerza el tribunal para que salga a flote de la insolvencia.

Dado las dos visiones opuestas de la insolvencia y sus múltiples versiones nacionales, por encima de la multitud de cuestiones de hecho, de derecho y de procedimiento que surgen en cada insolvencia, no es de sorprenderse que no exista consenso internacional sobre el tema. Los países soberanos no dejan sus visiones del fenómeno en sus sistemas legales nacionales a ningún sistema internacional uniforme.

3.3.3. La aplicación a las insolvencias internacionales de los cuatro principios del Dr. Grasa Hernández sobre los conflictos violentos: ¿un paradigma idóneo?

A estas alturas en el análisis de cómo gestionar las insolvencias internacionales, volvemos a los cuatro principios aplicables a los conflictos violentos, planteados por el Dr. Rafael GRASA HERNÁNDEZ. Ojalá que lo dicho hasta ahora demuestre que las insolvencias internacionales causan conflictos inevitables entre los sistemas nacionales. Seguirán causando conflictos porque ningún gobierno se ha mostrado dispuesto a cambiar sus normas nacionales para acomodar las circunstancias especiales y evitar los conflictos que interponen las insolvencias internacionales. La situación se ha vuelto permanente, después de intentos repetidos que probaron y agotaron todos los recursos para definir y poner en vigencia un sistema global sustantivo. Conflictos, tenemos y tendremos. Según nos enseña el primer principio, éste no es el problema.

El problema viene a ser, según el primer principio, ¿Cómo manejar los conflictos inevitables y permanentes? Para eso, recurrimos al segundo principio y buscamos identificar los puntos estructurales y culturales donde ocurren los conflictos en las insolvencias. Son conflictos de leyes –sencillos y claros en la letra de la norma– y para manejar los conflictos, tendremos que fijarnos en las leyes y las políticas que se persiguen. Las insolvencias

despiertan hondos intereses económicos y sociales, política de visión nacional y hasta de orden público. Hacen polémica. Entonces las diversas visiones culturales-jurídicas-nacionales implicadas tendrán que ser respetadas en lo posible. ¿Cómo acomodar visiones distintas del mismo fenómeno, cuando están constreñidas dentro de un solo proceso mercantil internacional? Este sí es el problema que enfrentamos, lo que tenemos que manejar en la gestión de la insolvencia internacional.

De allí, seguimos al tercer principio y buscamos medidas pacíficas para superar los conflictos y abrir la posibilidad de una gestión efectiva de cualquier insolvencia internacional. Entre las medidas pacíficas considero la diplomacia preventiva, que sostengo pudiera funcionar en la insolvencia internacional y a buenos efectos. Sobre todo, afronta la realidad de no poder convencer a los países involucrados para tomar un solo camino hacia la resolución de una insolvencia internacional. Hay que contemplar dentro de la misma insolvencia discrepancias en cuanto a todos sus aspectos, y reconciliar con un buen manejo de medidas pacíficas entre partes irreconciliables.

De esta manera, tendremos un paradigma idóneo para el análisis de la gestión de las insolvencias internacionales. No lo han fijado en términos de los principios que estamos aplicando, pero el proceso emergente a nivel global acata los principios y está dando resultado, como veremos.

4. IDENTIFICANDO LOS CONFLICTOS JURÍDICOS Y CULTURALES EN LAS INSOLVENCIAS INTERNACIONALES

A comienzos del siglo XXI, vivimos un intercambio de bienes, servicios y personas como nunca antes en la historia. El ser humano es un animal peregrino, dispuesta a viajar y comercializar en todo tiempo y en todo espacio, pero los avances tecnológicos de hoy en día habilitan un comercio en todo sentido global, intensivo y extensivo. Son muy pocos los humanos en la superficie del mundo que no se tocan por el comercio con personas que no conocen ni van a ver, ni saben quienes son. El sistema mercantil se apiña cada vez más en sus operaciones, los hilos variados, haciendo del comercio global un solo tejido. Los pueblos, sin embargo, siguen sus propios usos y costumbres, tienen su propio *volksgeist*, y sobre todo insisten en su propia soberanía. Curiosa interposición, el mundo achicándose y acercándose en el comercio, mientras los pueblos participantes –por más afectados que estén– nunca se dan por vencidos. Mantendrán sus propios criterios contra los vientos y la marea del mundo moderno, aun cuando aprovechan el intercambio comercial y aceptan sus efectos en la vida cotidiana. Los criterios se expresan en las normas legales, producto de milenios de desarrollo en el proceso político de cada pueblo.

4.1. EL CRECIMIENTO Y EL CAMBIO DEL COMERCIO GLOBAL SIGUEN EN MARCHA MIENTRAS LAS LEYES NACIONALES SE QUEDAN ATRÁS POR LA NATURALEZA DEL DERECHO FRENTE A NUEVAS CIRCUNSTANCIAS

El crecimiento y el cambio, las dos constantes que llevan adelante el mundo, por lo general no agradan a los seres humanos, ni a los pueblos que componen. Aun cuando tengan efectos positivos la gente los resiste, hecho comprobado repetidísimas veces²⁰. Por eso, el derecho se queda escéptico frente a las nuevas circunstancias, y casi siempre se queda atrás. No admite nuevos elementos en el sistema jurídico acordes con las nuevas condiciones. Hasta que la situación no se vuelve insostenible, las leyes no se modifican para asimilarlas. Mientras tanto, el ritmo del crecimiento y del cambio acelera de generación en generación.

Las obligaciones monetarias trazan redes globales, cruzando las fronteras sin mayores dificultades. Las empresas grandes se proyectan a nivel mundial y no se limitan a efectos nacionales. Sus operaciones se planifican contemplando el mundo entero, buscando la mayor eficiencia donde quiera. De veras, en el año 2014 y aún más para el futuro, vivimos en un mercado global que funciona en un mundo de soberanías nacionales.

4.2. LAS LEYES, COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LA ESTRUCTURA CULTURAL, SE HACEN AL NIVEL NACIONAL

Las leyes se hacen a nivel nacional mientras el comercio y la industria se hacen al nivel mundial. Esa parte de la naturaleza de las leyes no ha cambiado, aun cuando el alcance del comercio ha dejado atrás los límites de la soberanía nacional. No tenemos otra forma de organización que lo reemplazaría, sin embargo. Contamos con los convenios internacionales y las leyes modelos, artefactos imperfectos frente a la demanda de un régimen internacional que no son capaces de imponer. Así, las leyes que regulan el mercado global siguen en gran parte creadas y aplicadas dentro de límites nacionales.

A pesar de los convenios internacionales y las leyes modelos, que habrán armonizado y uniformizado las reglas aplicables a los participantes en el mercado en algunos aspectos de sus operaciones, a fin de cuentas quien controla

20. Para clarificar más, la juventud suele aceptar y asimilar los cambios y el crecimiento. El comercio y la industria también aceptan y asimilan los cambios y el crecimiento, y los aplican en sus operaciones, estimulado por la competencia. Son los intereses creados y las estructuras políticas que los resisten. No tanto que los podrían frenar, sino los ignoran. Las leyes son un buen indicio. Son bien reaccionarios. Cambian con un atraso de décadas cuando no siglos después del advenimiento de nuevas circunstancias.

las empresas y sus operaciones mercantiles son los países soberanos²¹. En la época medieval, el comercio de las ferias gozaba de una excepción de las normas municipales y administraba su propia justicia entre una comunidad peregrina y separada de los pueblos fijos. Ejercía su propia competencia especial. Hoy en día, esas excepciones no existen y el comercio –por más internacional que sea– se somete a la justicia de cada país individual que atraviesa. Y esa justicia y las normas jurídicas que la definen, varían mucho de país en país.

4.3. LA GESTIÓN GLOBAL EXIGE ENTREGARSE A LAS SOBERANÍAS NACIONALES Y SUS LEYES

En efecto, las empresas internacionales por su presencia en un país se hacen rehenes de su sistema jurídico nacional, como parte del negocio. Sus bienes y sus operaciones, su personal y sus inversiones, sus obligaciones, derechos e intereses, pues toda la presencia que marca y permite su negocio cae bajo la jurisdicción de una serie de países anfitriones. Las empresas y los comerciantes saben muy bien el juego. Entran en un país tras estudiar sus leyes y la forma en que se las aplicarán. Hacen ajustes y toman medidas atendiendo a cada jurisdicción.

Las reglas del juego –como las normas escritas– en China, mercado importantísimo, se distinguen mucho de las reglas del juego –y de las normas escritas– en los Estados Unidos, otro mercado importantísimo. Se toma en cuenta la letra escrita, pero también las prácticas y políticas no escritas. De todos los elementos, se hace una mezcla que define el clima para los negocios en cada país. Pero mientras más importante es el mercado –por su número de consumidores, su poder de compra– más grande la presencia de las empresas importantes y el comercio internacional dentro de sus fronteras. La importancia de un país también podría radicarse en la geografía o en la riqueza de los recursos naturales. Igualmente, atrae al comercio internacional dentro de sus fronteras.

4.4. LAS EMPRESAS GLOBALES SABEN MANEJAR LAS CONTROVERSIAS Y LAS DISPUTAS UNA POR UNA, DENTRO DE LAS JURISDICCIONES NACIONALES

Las empresas internacionales no trabajan con un sistema jurídico sino con muchos. No cuentan con unos abogados o contables licenciados en un

21. Pueden ceder el control ante casos extremos. En el caso de las expropiaciones de las inversiones extranjeras, llegaron a establecer el Centro Internacional para la Resolución de Disputas sobre la Inversión (ICSID) en el Banco Mundial, un proceso de arbitraje institucionalizado fuera de las foros nacionales. Véase <http://www.jus.uio.no/lm/icsid.settlement.of.disputes.between.states.and.nationals.of.other.states.convention.washington.1965/>.

país, sino con licenciados en todos los países donde mantienen presencia. No se aplica un derecho laboral, sino el derecho laboral de todos los países donde tienen empleados y trabajadores. Estructuran sus préstamos y las garantías no de acuerdo con las reglas de un sistema, sino según los sistemas variados de todos los países donde se presta dinero y donde se encuentran los bienes en garantía. Se comportan de igual manera en materia fiscal, funcionando bajo muchos sistemas tributarios y pagando impuestos en varios países²².

Cuando surgen las disputas y las controversias inevitables en el comercio, se llevan ante la justicia competente para el caso. Desde luego, habrá mucha discusión sobre la competencia judicial y la ley aplicable en estos casos. Como comentamos, justamente para evitar esas discusiones –que cuestan mucho dinero y mucha demora– se utiliza el arbitraje en muchos casos internacionales. Aún así, el arbitraje depende en última instancia de los sistemas nacionales, sin embargo, porque la ejecución del laudo arbitral se tiene que realizar a través del poder judicial. Cuando hay dos partes en la disputa y se trata de un incidente, sea incumplimiento de una obligación contractual o responsabilidad civil u otra, muy a menudo se resuelve sin mayores disrupciones en el negocio. Se clasifican como costo normal. Lo importante es resolverlas lo más eficientemente y lo antes posible. Por estos litigios y arbitrajes aislados, se ha confirmado la factibilidad del esquema de negocios globales sujetos a los sistemas jurídicos nacionales.

5. LAS INSOLVENCIAS PRESENTAN UN PROBLEMA DISTINTO

Dado el esquema del comercio internacional, cuando una de sus empresas se encuentra en estado de insolvencia, la factibilidad del sistema de países soberanos para el comercio global se altera, y se pone en duda. A menudo tal insolvencia afectará a partes, obligaciones, bienes, empleos, inversiones, operaciones, derechos e intereses en múltiples países. De repente, las complicaciones aumentan más allá de los costos normales del negocio y entran en estado de crisis. Los rehenes son demasiados y los chantajes demasiado altos y variados.

La insolvencia, como en la sucesión de un difunto, pretende agregar todo el patrimonio o el activo del insolvente en una “masa”²³, recibir y

22. Y muchas veces organizan su domicilio o sus operaciones para aprovechar ventajas tributarias. Un ejemplo reciente son las mudanzas –más formal que de hecho– de sociedades estadounidenses para reconstituirse en el extranjero, con el móvil de evitar los altos impuestos contra compañías cuyo domicilio se encuentra en los EEUU.

23. Pido permiso del lector, pues haré de aquí en adelante una serie de referencias a las leyes mexicanas y estadounidenses. En primer lugar, las conozco, y ante una multitud de leyes, recojo las conocidas. Es más, representan unas leyes

resolver todos los reclamos contra esa masa, y comprometer a todas las partes afectadas en una sola sentencia. Frente a este modelo, la insolvencia de una empresa internacional presenta unas complicaciones enormes. Como hemos expresado, las empresas ponen una administración global, dependiente en muchos países. Cuando vienen los apuros financieros y comerciales a probar la viabilidad de la empresa, vendrá una lluvia de retos para su sobrevivencia procedentes de todos los países donde tiene presencia. No tiene que corresponder con una sola disputa o controversia sino con múltiples disputas y controversias, y en múltiples países, cada uno con sus propias leyes, creando una tormenta de conflictos de jurisdicciones y de leyes.

5.1. LA IDEA DE UNA RESOLUCIÓN INTEGRAL Y LOS ELEMENTOS QUE LA COMPLICAN EN EL PROCEDIMIENTO DE UNA INSOLVENCIA INTERNACIONAL

La insolvencia busca una resolución integral, liquidando o reorganizando la masa en un procedimiento único pero multifacético por su resolución de toda la gama de derechos, obligaciones e intereses que hacen el activo y el pasivo del insolvente. En el derecho, no existe un proceso igual en sus tensiones para el sistema legal y sus diversas figuras jurídicas²⁴.

5.1.1. Bienes y derechos en muchos países

Con su enfoque omni-incluyente, el tribunal encargado de una insolvencia necesita una competencia lo más amplia posible. En los EEUU, por ejemplo, se suele afirmar que la competencia de los tribunales especializados en las quiebras²⁵ se extiende a todas las partes del mundo,

modernas en sus conceptos, representativas de las tendencias mundiales, si es que podemos hablar de tendencias en un campo discutido y variado. Con referencia a la Ley de Concursos Mercantiles de México (en adelante "LCM"), art. 4 (V), la "masa" se define como "la porción del patrimonio del [insolvente] integrado por sus bienes y derechos, con excepción de los expresamente excluidos en términos de esta Ley, sobre la cual los [acreedores] puedan hacer efectivos sus créditos".

24. Lo distingo del procedimiento de la sucesión, que trata de la liquidación final de los negocios de una persona natural y la distribución de los bienes restantes. Es semejante en muchos aspectos, pero normalmente falta el elemento de la insolvencia, y si hay un negocio, pasa al heredero en plena función.
25. En los EEUU, todo proceso de insolvencia se dice "quiebra" (*bankruptcy*) y la ley que regula la insolvencia lleva el nombre de Código de Quiebras (CdQ), 11 USC §§101 *et seq.* Para entender los poderes de los tribunales federales de quiebras, se tiene que consultar también 28 U.S.C. §§151-58, 1334, 1408-12, y otros artículos.

del espacio y hasta otros planetas²⁶, en ejercicio del poder judicial sobre toda la masa de la persona insolvente. En la insolvencia internacional este concepto de armar un procedimiento único choca directamente con la necesidad de entablar procedimientos supletorios en varios otros países, muchos con normas y políticas jurídicas distintas a los del tribunal original, pues salen de otra base legislativa. En otras palabras, mientras el proceso debe de tratar la masa como una entidad única en su composición agregada, y no debe haber ninguna posibilidad de procesos independientes de la insolvencia, en la realidad para funcionar depende de procesos supletorios en muchos países.

Quizás más impactante todavía que los efectos sobre bienes, en el procedimiento de la insolvencia se podrían rescindir relaciones jurídicas pendientes en el momento de la demanda que, de otra forma, serían ejecutables conforme a derecho. Anula personas jurídicas, obligaciones contractuales y laborales, responsabilidades civiles, y hasta préstamos con garantía. De nuevo, el concepto es sensible y no todas las relaciones jurídicas se prestan a la rescisión según las leyes nacionales. Lo que cancela en un país, en otro el poder judicial no lo podría tocar.

5.1.2. Los límites de la competencia judicial proyectada a países extranjeros

¿Cómo resolver los conflictos de leyes en la resolución de todas las obligaciones del deudor insolvente frente a todos sus bienes, anulando y alterando en el proceso muchos intereses creados y establecidos conforme a derecho? El asunto se complica cuando la competencia supuestamente sin límite choca con la desarmonía de las leyes nacionales en la materia. Hay diferencias enormes de país a país en las leyes de insolvencia, inclusive en cuanto a sus disposiciones sobre la competencia de sus tribunales en las insolvencias internacionales. Y el mismo grado de diferencias se encuentra en las leyes que afectan y son afectados por el proceso de insolvencia, tales como las leyes sobre las garantías mobiliarias, los derechos laborales, el medioambiente, las operaciones bancarias, las obligaciones contractuales y muchas más. La competencia universal de la insolvencia se choca con la realidad de quedarse nula en el momento de necesitar hacerse transfronteriza.

26. Conforme al CdQ, §541, la masa del insolvente consiste en todo su patrimonio, “donde esté ubicado y por quien tenga posesión”. Vid. también la expresión sobre la jurisdicción en el 28 U.S.C. 1334 (e), que dispone que “el tribunal donde se comienza un caso de quiebra tendrá la jurisdicción exclusiva sobre (1) toda la propiedad, no importa donde esté ubicado, del deudor en el momento de comenzar el caso”.

5.1.3. Las posibilidades de manejar el problema en un tribunal experimentado en la insolvencia

A pesar de todas las dificultades descritas arriba, hay ejemplos de casos exitosos en el manejo de una insolvencia internacional. Quisiera dedicar una buena parte de la ponencia a un tal caso y explicar cuidadosamente su contexto y su resolución. Hasta ahora hemos hablado en términos generales y de conceptos, subrayando las dificultades subyacentes en toda insolvencia internacional. Cabría aplicar el análisis a un caso concreto, cuyas circunstancias iluminan los elementos del proceso y sus posibilidades. También, mostrará cómo se aplican los principios que hemos adoptado para el análisis. Podría explicar por qué algunas empresas buscan tribunales que parecen inapropiados para sus insolvencias, y por qué algunos acreedores estarán de acuerdo con la táctica, cuando se encuentran ante un tribunal hábil en manejar el problema.

Vale saber las condiciones que distinguen los tribunales que manejan las insolvencias en los EEUU. Espero que no me vayan a descartar como chauvinista por recurrir a mi propio país en busca de un ejemplo. Es el sistema que conozco como abogado en ejercicio ante sus tribunales durante varios años. Y por la perspectiva de internacionalista y comparatista me convencí que en los EEUU existen algunos rasgos judiciales que favorecen los tribunales en su manejo de una insolvencia internacional. En primer lugar, por una casualidad histórica²⁷, los tribunales encargados de las

27. La Constitución Federal consigna la cuestión de bancarrota exclusivamente a los poderes federales. Art. I, §8 resguarda al Congreso federal el poder de promulgar “leyes sobre la quiebra”. El Congreso federal es el único parlamento en la nación con competencia legislativa, y los únicos tribunales con competencia judicial son los creados por el Congreso. A pesar de la cláusula constitucional, durante mucho de la historia estadounidense, no había una ley sobre la insolvencia. Solo en el siglo XX empezó la época de las insolvencias. La Gran Depresión de los años 1930 presionó mucho a los tribunales de quiebra –de carácter contencioso-administrativo y visto de categoría mediocre en el sistema federal– y dio lugar a reformas que culminaron en 1970 con la Ley de Procedimientos Insolventes y en 1978 con la promulgación de un nuevo Código de Quiebras (CdQ), transformando el sistema. Desde entonces, el sistema judicial federal de insolvencias va en auge. Hoy en día, se ha puesto al nivel de los otros tribunales federales y no solamente cuenta con un elenco de jueces destacados sino con muchos abogados muy hábiles especializados en la materia. La casualidad histórica ha creado un sector judicial de mucha fuerza en la jurisprudencia y en las prácticas mercantiles de los EEUU.

El CdQ se encuentra en el Título 11º de la recopilación de normas federales, el *United States Code*, 11 U.S.C. §§101 et seq. En esta ponencia nos referimos directamente al “CdQ”, sin citar al U.S.C.

Otros países han seguido el ejemplo, también empujados por la suerte de sus economías. Por ejemplo, México no tenía tribunales especiales de insolvencia, y dio competencia a los tribunales de primera instancia tanto estatal como

insolvencias son federales y especializados y no tienen competencia sobre otros asuntos, sino sobre los asuntos que se presentan esenciales²⁸ en la insolvencia. Los tribunales estatales no tienen ninguna jurisdicción sobre las insolvencias, y los otros tribunales federales tampoco²⁹. Los tribunales federales de quiebras hacen un foro mercantil experimentado y sofisticado en la materia; no ven otra cosa.

Dentro de la jurisdicción federal especializada en la quiebra, se encuentran unos tribunales todavía más capacitados. En especial, los tribunales de quiebra del Distrito Sureño de Nueva York, en la ciudad del mismo nombre, acostumbra a ver una serie de asuntos mayores de las empresas más grandes y las circunstancias más complicadas, porque aquí se encuentran domiciliadas muchas de las empresas de mayor importancia³⁰. Lo que se hace excepcional en otros distritos se hace el pan diario en Nueva York. Fijándose en su capacidad aumentada, las empresas más importantes se la aumentan más cuando eligen entablar sus quiebras ante esos tribunales, aprovechando su nivel de sofisticación y saber en las quiebras más complicadas. Aunque hay otros candidatos (p.ej., Londres) los tribunales federales de quiebra en Nueva York representan la cumbre en el manejo de las insolvencias bajo una ley moderna en su concepto del fenómeno. Simpatizan con los deudores y los amparan dentro de las posibilidades de

federal. Durante el grave declive económico de los años 1990, los tribunales se encontraban en crisis, pues no supieron manejar los procesos complicados que los inundaron. Superado el apuro económico, el Congreso Mexicano promulgó unas nuevas leyes de concurso mercantil en el año 2000, y se designaron algunos tribunales federales del Distrito Federal especializados en la materia, para crear una jurisdicción exclusiva. En pocos años ha crecido un poder judicial y una abogacía capacitados y especializados en la materia.

28. La norma se refiere a la quiebra y a “las cuestiones relacionadas” a la quiebra.
29. Técnicamente, la competencia sobre insolvencias –o quiebras, en el término estadounidense, bajo el Código de Quiebras– corresponde a los tribunales federales de primera instancia, los distritales. Pero se ha delegado la competencia de forma permanente a los tribunales de quiebra. Las apelaciones debe pasar por la jerarquía de los tribunales federales, empezando con los distritales. Pero, de nuevo, han cedido la competencia a unos paneles de apelaciones de quiebras, constituidos por tres jueces de quiebra. Solo cuando se agota la competencia especializada, entran en el sistema general federal, pero estos tribunales se han mostrado muy respetuosos con las sentencias de los jueces especializados en quiebras.
30. Ante el CdQ, un quebrado no tiene que iniciar el proceso en su domicilio. Cualquier persona “quien resida o tenga un domicilio, un lugar de negocios, o propiedad en los Estados Unidos... podría hacerse deudor” ante los tribunales federales. El control se encuentra en el concepto de *venue*, o sea, el tribunal que más corresponde a la causa. Una petición para un cambio de *venue* permite a un tribunal con jurisdicción rehusarla en favor de otro más indicado. Pero los criterios son muy flexibles y si el tribunal se presta, retiene el asunto.

la ley, mientras cuidan los intereses de los acreedores. Si es posible llegar a la reorganización de la empresa en quiebra, los tribunales de quiebra de Nueva York son los más hábiles en encontrar el camino³¹.

6. UN CASO EJEMPLAR: LA INSOLVENCIA DE LA AVIANCA, AEROLÍNEA COLOMBIANA, ANTE EL TRIBUNAL DE QUIEBRAS DE NUEVA YORK, MUESTRA DE UNA INSOLVENCIA INTERNACIONAL INTEGRAL QUE PRACTICABA NUESTROS PRINCIPIOS

En 2003, en la corte federal de quiebras del Distrito Sureño de Nueva York, en la ciudad de ese nombre, se produjo un caso ejemplar de la insolvencia internacional³². Hubo objeciones en contra de la competencia

31. Aunque no ante un tribunal neoyorquino, cuando ejercía la profesión me tocaron varios ejemplos de la voluntad judicial en pro de la reorganización. Cito un ejemplo sobresaliente de buen criterio, saludablemente aplicado.

En representación de un banco, hicimos un trato con una empresa en estrechez financiera, dándole una restructuración de las deudas y los vencimientos. Para asegurar la obligación redefinida contra fallo, gestionamos una carta de crédito suicidio a favor del banco, por la tercera parte de la deuda, puesto no por la empresa sino por su dueño en capacidad personal. Por "suicidio" el único documento necesario para el pago de la carta era una demanda escrita ante el banco emisor.

Cuando el deudor falló de nuevo en sus pagos, fuimos a cobrar la carta de crédito. El abogado del deudor se quejó ante el Tribunal de Quiebras, argumentando que si le quitase al dueño los fondos de la carta, no tendría capitales para llevarse a cabo la reorganización. No tenía base jurídica su alegato, pues la carta era del empresario y no de la empresa; y el empresario no estuvo en quiebra.

El juez le preguntó al abogado con qué fuentes apoyaba sus argumentos. No tenía ninguna, pues no había. Hice mis argumentos muy confiado. Sostuve que la jurisprudencia y la doctrina eran clarísimas, que no había ninguna disposición contraria en la ley, y no había otro remedio que permitir al banco acreedor cobrar la carta de crédito de inmediato.

El juez me decía, "Tiene toda la razón ante la ley. No obstante, voy a suspender el pago de la carta por orden judicial con validez de tres meses. Yo sé muy bien que me lo volcarán en apelaciones, pero la apelación demorará cuando menos tres meses. Si el deudor puede reorganizar en esos tres meses, no habrá problema y todos salimos contentos. Si el deudor no es capaz de finalizar un plan de reorganización aceptable en tres meses, entonces tuvo oportunidad suficiente, y adelante con cobrar la carta".

A fin de cuentas, quien estuvo más al tanto con el espíritu del CdQ fue el juez, sabio y experimentado en la materia, aunque sentenció en contra de la letra de la ley. Supo hacer; identificó el conflicto y encontró una manera de manejarlo pacíficamente.

32. *In re Aerovías Nacionales de Colombia, S.A. AVIANCA*, 303 *Bankruptcy Reporter* (desde ahora en adelante, "B.R.") 1 (Bk.S.D.N.Y., 2003) (desde ahora en adelante, *AVIANCA*).

del tribunal para aceptar el asunto y también en contra de la aplicación de la ley estadounidense, puesto que el insolvente que pidió la suspensión de pagos y la reorganización de las deudas bajo el Capítulo 11 del CdQ³³ era la empresa colombiana Aerovías Nacionales de Colombia, S.A., o “AVIANCA”. El juez terminó en emitir una sentencia rica en discusión de varios aspectos del Derecho Internacional Privado muy instructivos en el fenómeno de las insolvencias internacionales. Si el lector sigue los hechos del caso, y logra captarlos, encontrará casi todos los conflictos y las complicaciones que caracterizan las insolvencias internacionales. Escogí este caso, sin embargo, porque no es de los más complicados que hay. Padece de los síntomas, pero no de todos en el grado y el número que podrían afligir un caso más grave.

6.1. LA AVIANCA ES UNA EMPRESA COLOMBIANA

A primer golpe de vista, podría parecer que no tiene mucho sentido la elección del sitio jurídico. La AVIANCA se constituyó en Colombia. Entre el personal de la AVIANCA, había 4,153 empleados en Colombia, muchos concentrados en la sede principal en Bogotá. Apenas unos 28 empleados se encontraron en los Estados Unidos, y unos 148 en el resto del mundo. Los vuelos de la AVIANCA se realizaron mayormente en Colombia y América Latina, con escala en 14 localidades nacionales y 12 escalas internacionales, inclusive solo dos en los EEUU, Miami y Nueva York. De sus ingresos, más del 50% se generaron en el mercado nacional colombiano, y los vuelos entre los Estados Unidos y Colombia cubrieron solo aproximadamente un 24% de su servicio aéreo internacional.

Los 7.809 accionistas de AVIANCA fueron en su gran mayoría colombianos, en especial Valores Bavaria, S.A., otra persona jurídica constituida y con su sede en Colombia, dueño de más que la mitad de las acciones. Debido a sus problemas financieros y operativos, desde 1999 la compañía insolvente se había “integrado” con otra empresa de transporte aéreo que operaba exclusivamente dentro de Colombia (Aerolíneas Centrales de Colombia, S.A., o “Aces”) a razón de la creación de un fideicomiso sobre las acciones de las dos, tomando cada uno un interés de beneficiario en el fideicomiso establecido por el otro. AVIANCA tuvo un subsidiario colombiano (Sociedad Aeronáutica de Medellín Consolidada, S.A., o “SAM”, otra aerolínea interna a Colombia) y un subsidiario pequeño estadounidense (AVIANCA, Inc.) que inició una quiebra ante el tribunal neoyorquino simultánea con la de la casa matriz.

33. El Capítulo 11 del CdQ corresponde a la “reorganización” de empresas e individuos por una “reestructuración” de sus deudas en un plan aceptado por los acreedores y aprobado por el tribunal.

6.2. LOS CONTACTOS FINANCIEROS DE LA AVIANCA CON LOS ESTADOS UNIDOS, CON COLOMBIA Y CON OTROS PAÍSES Y LOS CONFLICTOS ENTRE ELLOS

A pesar de su personalidad jurídica constituida e inscrita en Colombia y el domicilio en ese país por su sede y sus actividades empresariales, la AVIANCA –por su naturaleza de aerolínea, más que por alguna decisión calculada– tuvo también una presencia significativa en los EEUU. Según declaró la AVIANCA, en el momento de iniciar el proceso se debían unos \$290 millones a acreedores ubicados (aun cuando en algunos casos sus sedes no estuvieran allí) en los EEUU, más unos \$115 millones a acreedores colombianos, y unos \$12 millones a acreedores en otros países.

De los \$417 millones en deuda, alrededor de \$120 millones tuvieron garantía real mobiliaria³⁴. Los empleados de la AVIANCA, quienes tuvieron derechos de pensión hasta unos \$98,229,000, en conjunto representaban su acreedor mayor, y con garantía contra los bienes de la compañía en Colombia y afuera. Su garantía se hizo en forma de un fideicomiso constituido e inscrito en Colombia con valor de \$140,000,000 en capitales y equidad. El otro acreedor con garantía mobiliaria fue el *Bank of New York* (“BONY”), con una reclamación de \$20.7 millones y una garantía desde 2001 en las cuentas por cobrar a favor de la AVIANCA sobre tarjetas de crédito estadounidenses. Los otros acreedores quedaron sin garantías, según AVIANCA, aunque muchos fueron arrendatarios de aviones y motores con derecho de recoger las máquinas en caso de no pagar.

En esta breve reseña de las obligaciones y las garantías de la AVIANCA, descubrimos una serie de conflictos, típicos en las insolvencias internacionales. En perspectiva relativa, son pocos y fáciles de captar. Proseguimos a explicar los conflictos con más detalle, descubriendo así sus bases culturales y unas resoluciones satisfactorias para el caso.

6.2.1. El fideicomiso a favor de los empleados

En primer lugar, el fideicomiso en beneficio de los empleados se constituyó y se inscribió en Colombia, pero pretendía afectar bienes de la compañía en varias partes del mundo. Por cierto, la gran mayoría de los empleados (4,153) se encontraban en Colombia, pero unos 176 otros andaban afuera. Si bien pudiera afectar bienes en los EEUU –propuesta dudosa– aún más difícil

34. Como en el caso de casi todas las empresas modernas, el activo principal de la AVIANCA no estaba en sus bienes inmuebles, sino en los bienes muebles. La empresa supo explotar el activo mueble como garantía mobiliaria para los préstamos imprescindibles en el negocio aeronáutico.

era que el fideicomiso colombiano hubiera afectado bienes en terceros países, y menos cuando se aplicara por una sentencia del tribunal estadounidense. No se había inscrito en ningún otro país, y los requisitos del fideicomiso en Colombia no se conformaban con los requisitos para su validez en los EEUU y otros países, sin hablar del idioma castellano en que se escribió, razón suficiente para complicar mucho su reconocimiento en los EEUU.

Por encima de los efectos del fideicomiso fuera de Colombia, y solo para razones de ejecutar sus efectos en Colombia por una sentencia del tribunal neoyorquino, viene una serie de requisitos pesados. Comienza con el problema de revalidar el fideicomiso ante el Tribunal de Quiebras en Nueva York, con los trámites rigurosos de traducción certificada, testigos peritos en el derecho colombiano que pudieran establecer su validez, y al final el problema de la competencia del tribunal neoyorquino en sentenciar con efectos en Colombia. ¿Por qué tratarse con el Tribunal de Quiebras en Nueva York en cuanto al fideicomiso colombiano, en especial cuando se refiere a bienes y beneficiarios en Colombia? Porque la AVIANCA inició la insolvencia en Nueva York, y desde entonces y debido a eso el Tribunal de Quiebras tendría jurisdicción –según su ley, el CdQ– sobre toda la masa de la AVIANCA deudor, por dondequiera se encuentre.

6.2.2. La garantía mobiliaria del *Bank of New York* en las cuentas a favor de la AVIANCA por cobrar contra tarjetas de crédito estadounidenses

El acreedor BONY tramitó su garantía mobiliaria contra las cuentas a favor de la AVIANCA como si fuera una operación crediticia netamente estadounidense, sin tomar en cuenta la nacionalidad del deudor o intentar registrar la garantía en Colombia. Mientras se trata de un bien ubicado en los EEUU, debe caer bajo la jurisdicción del tribunal neoyorquino, pero desde el año 2000 el Código Uniforme de Comercio de los EEUU, en su §9-307 (c), exige el registro de las garantías mobiliarias en el domicilio del deudor extranjero, siempre y cuando el país del domicilio tenga un sistema de registro sustancialmente similar al sistema estadounidense en inscribir notificaciones sumarias bajo nombre del deudor a todos los mecanismos jurídicos con efecto de garantía. El registro estadounidense, y el canadiense que lo copió, son muy distintos de los sistemas clásicos de tradición romanista que predominan en el mundo³⁵, donde tienen que calificar e inscribir los documentos originales para

35. Últimamente, muchos países están adoptando sistemas de registro colateral semejantes al sistema estadounidense-canadiense, y organizaciones internacionales como el Banco Mundial, la UNCITRAL y la OEA lo recomiendan. Véase, las fuentes citadas en la nota 16 *supra*, en cuanto al Banco Mundial y la UNCITRAL, y en cuanto a la OEA, http://www.oas.org/en/sla/dil/secured_transactions_background_importance.asp.

constituir la garantía y muchas figuras escapan el requisito de registrarse por no tener el nombre oficial –mientras el efecto práctico sí– de garantía³⁶.

En el caso que no exista semejanza entre los sistemas, y el país de domicilio del deudor mantenga un registro tradicional, el acreedor estadounidense tiene que registrar la garantía mobiliaria en el Distrito de Columbia donde “se presume” el deudor esté domiciliado, una completa ficción. La medida tan exagerada y chovinista puede funcionar contra bienes ubicados dentro de los EEUU, pero choca con conceptos primordiales del Derecho Internacional Privado y entra en conflicto con las leyes y los registros extranjeros. Si tuviera que llevar el registro en el ficticio domicilio presunto del D.C. y certificarla en cualquier otro país del mundo, no tendría valor ninguno. Es más, si las tarjetas de crédito son estadounidenses pero los que las utilizan y las pagan viven fuera, puede crear otro conflicto de leyes. No sabemos dónde el BONY fue a registrar la garantía, si en Nueva York o en Washington, D.C., o en otro Estado, pero existe cierta confusión sobre la notificación y la prelación de esta garantía en el mejor de los casos.

6.2.3. Los arrendamientos financieros con los vendedores de aviones, motores y otros equipos

El arrendamiento financiero es una figura que ha causado mucha discusión entre juristas y mucha discrepancia en las legislaciones nacionales. Normalmente, se trata de un contrato denominado “de arrendamiento”, que no tiene que registrarse como garantía, pero los pagos acaban con cancelar el precio del bien y el arrendatario se queda con ello al final del contrato, habiéndolo comprado en efecto. Mientras el contrato se va cumpliendo, la ventaja existe en que el arrendador podría recoger el bien sin iniciar una ejecución judicial si el arrendatario no paga. Muchos juristas lo clasifican como una garantía mobiliaria fraudulenta por oculta, pues todas las garantías mobiliarias deben de registrarse para surtir efectos contra terceros. La regla difiere de país a país, y causa conflictos. Peor todavía si se trata de aviones, motores y otros bienes que se mueven constantemente sobre la superficie del globo. Existe el Convenio de la Ciudad del Cabo³⁷ que estableció un registro internacional en Dublin, un registro donde deben inscribirse las garantías de todo el mundo, exceptuando la inscripción de los casos de los arrendamientos legítimos en que al final del contrato el arrendatario no haya pagado el precio de compra con intereses, el equipo

36. Un ejemplo –entre muchos– utilizado en muchos países sería la venta condicional o la venta con retención de título, un contrato que reúne todos los efectos de la garantía pero no tiene el nombre oficial y muy a menudo escapa toda necesidad de registrarse.

37. Véase la nota 15 y el texto acompañante.

retiene valor no pagado y se espera devolverlo al arrendador o pagarle el precio del valor restante. Empero, todos los países donde vuela la AVIANCA no han ratificado el Convenio. ¿Qué sucede con los aviones y motores “arrendados” que se encuentran en esos países cuando en Nueva York se define la masa de la AVIANCA?

6.2.4. Sumario de los conflictos sobre los bienes de la AVIANCA

Había relativamente pocos acreedores con reclamos en el caso AVIANCA, pero cada uno venía con problemas en el estado de su arreglo con el deudor. Tocaba al Tribunal de Quiebras en Nueva York hallar una manera de resolver cada situación para poder reestructurar las obligaciones de la AVIANCA y sentenciar su reorganización en forma definitiva, válida en todos los países afectados, en especial en Colombia. Se hacía una tarea difícil, pero gracias a la voluntad de las partes y la estrategia de la AVIANCA en iniciar el proceso de la insolvencia en Nueva York, se encontró el camino para llegar a una re-estructuración factible, ejecutable en todo país involucrado.

7. ¿QUÉ BUSCABA LA AVIANCA AL INICIAR LA INSOLVENCIA EN LOS EEUU?

Con deudas confesadas por la AVIANCA hasta \$417 millones, y unos \$290 millones en obligaciones con acreedores ubicados en los EEUU, empieza a salir cierta razón para pensar en un proceso de quiebra ante los tribunales estadounidenses. Esta conducta, sin embargo, regala a los acreedores muchas comodidades. Es como elegir pelear en el campo del enemigo. ¿Podría el deudor no cuidarse más en su propio país, donde el proceso le debe favorecer, cuando menos en el idioma, en el conocimiento de la ley y el ambiente, y quizás en un trato preferencial que suele favorecer al paisano frente a un extranjero? La respuesta directa es, “No, la AVIANCA se pudo cuidar más bajo el régimen estadounidense sobre la insolvencia que bajo el régimen de su propio país”.

Cabe explicar el fenómeno con detalle. Intentaré hacerlo aquí, con la esperanza de así iluminar algunas corrientes de pensamiento jurídico sobre la insolvencia internacional a los comienzos del siglo XXI, y cómo la podría gestionar bien. A mi parecer, la insolvencia de la AVIANCA resultó un ejercicio en la aplicación de los principios para manejar los conflictos violentos que expropiamos de la ponencia del Dr. GRASA HERNÁNDEZ al comienzo. Dudo que fuese una aplicación consciente por parte del tribunal, que jamás habrá escuchado de los principios ni tampoco pensará en comparar sus reorganizaciones de empresas con los conflictos violentos en partes lejanas del mundo. No obstante, insisto en la comparación.

A ver si el Tribunal de Quiebras en Nueva York toma en cuenta las implicaciones internacionales como parte del cálculo judicial en el caso, y si las tiene presentes en su conceptualización del caso, o si sigue de frente con sus típicos criterios nacionales, dejando las consideraciones internacionales cuidarse por ellas mismas. Pero eso sí, conscientemente o no, estuvieron en juego los principios para resolver conflictos violentos internacionales. Llegó la AVIANCA a Nueva York justamente en busca de encontrar un ambiente donde saben apaciguar y transigir los conflictos financieros para dejar la empresa insolvente revivida. Y justamente en los procedimientos ante el Tribunal de Quiebras se encuentra los mismos principios, astutamente aplicados para llevar el proceso a una conclusión exitosa para la AVIANCA. Quien maneja el problema, y con qué principios, hace toda la diferencia en el resultado.

El lector puede nuevamente decirse, ¿Pero qué tiene que ver el tema de globalización y crisis –tema de los Cursos de Verano en la UPV– con las quiebras en los EEUU? Pido la paciencia y la atención del lector con todos los detalles del sistema jurídico de quiebras en los EEUU, por más aburrido que sea. A fin de cuentas, la conexión se establecerá.

Sigo principiando; principiar quiero, por ver si principiando, principiar puedo.

8. LAS CONSIDERACIONES QUE MÁS PROBABLEMENTE INCENTIVARON A LA AVIANCA EN ELEGIR A TRIBUNALES ESTADOUNIDENSES PARA SU INSOLVENCIA

Varios factores empujaron a una empresa aparentemente 100% colombiana, cuyo negocio la llevó a tener contactos con los Estados Unidos como con otros países extranjeros, a buscar a los tribunales federales de quiebra en los EEUU para iniciar su procedimiento de insolvencia. Como expliqué, en 1938 el Congreso estadounidense introdujo cambios a la Ley de Quiebras³⁸ que reformaron su orientación primordial³⁹, motivados por la crisis económica que sacudió los EEUU en los años 30. Hizo de la quiebra un

38. Se cambió de nombre en 1978 con la promulgación del “Código de Quiebras”, señalando la distinción entre la ley antigua y la nueva.

39. Las enmiendas a la Ley de Quiebras vigente en 1938 se enfrentaron al fenómeno de una crisis general del sistema y sus efectos devastadores sobre los individuos y las empresas. Los legisladores acogieron los lemas de “alivio para el deudor honrado” (*relief for the honest debtor*), empezando con la idea de que había muchos deudores honrados golpeados por circunstancias financieras completamente fuera de su control, para que salga de la quiebra libre de toda obligación y en condiciones de “comienzo nuevo” (*fresh start*). Abrieron las disposiciones de la ley, convirtiéndola en un amparo buscado por los deudores, donde antes era un proceso normalmente iniciado por los acreedores.

proceso favorable al deudor, donde antes era un proceso orientado a los intereses de los acreedores. Abandonó los vestigios de la quiebra clásica, con las implicaciones de responsabilidad hasta criminal sobre el deudor insolvente, y agregó un nuevo proceso de reorganización para la empresa en quiebra, bajo la supervisión judicial y con elementos que podían supeditar los intereses crediticios.

8.1. LA POSIBILIDAD DE REESTRUCTURAR SUS DEUDAS ANTE UN TRIBUNAL EXPERIMENTADO Y DISPUESTO EN EL PROCESO, QUE APLICA UNA NORMA COHERENTE Y COMPLETA

Entre las modificaciones más importantes, se dio a los tribunales el poder de aceptar e imponer por encima de las protestas de los acreedores reestructuraciones de las deudas –pagar solo la parte cubierta por la garantía y perdonar la parte no garantizada, o permitir el pago con menos intereses y a mayor plazo– siempre y cuando su efecto global fuese “*fair and equitable*” (justo y equitativo). Los acreedores no tenían veto. Tuvieron que conformarse con la sentencia judicial. A los ojos de la ley, los acreedores recibirían cuando menos lo que les hubiera tocado en una liquidación, haciendo de la reestructuración un arreglo justo y equitativo.

El nuevo Código de la Quiebra de 1978 concretó y perfeccionó esas reformas. Puso coherencia y cohesión en una ley que en su inicio se había desarrollado en forma casual y consuetudinaria, con una vitalidad jurisprudencial impuesta sobre una ley opaca⁴⁰. En muchos sentidos los tribunales de quiebras en los EEUU se formaron como una especie de corte encargado de resolver conflictos. Hasta el advenimiento del Código Uniforme de Comercio en los años 60, la ley mercantil de los EEUU presentaba una variedad de normas de Estado a Estado. El manejo de las quiebras en la década de 1930-1940, con la Gran Depresión económica, era el manejo de conflictos, a causa del comercio nacional. En pequeño, las quiebras nacionales de los EEUU eran un ensayo para las insolvencias internacionales de hoy en día, y

40. Antes de la reforma de 1978, la Ley de Quiebras se conoció como “la peor ley jamás escrita en el idioma inglés”. Tenía frases que ocuparon hasta dos páginas, y su lenguaje –como un trapo lleno de parches– era impenetrable para todos menos los compenetrados, que se orientaron no por el sentido de las palabras –a menudo sin sentido– sino porque “todos saben que tal norma quiere decir tal y cual cosa”. Los abogados mercantiles más “respetables” se abstuvieron de ejercer el derecho de quiebras o ante los tribunales de quiebra, porque los abogados que lo hicieron tenían fama de una mafia junto con los jueces, ejerciendo un derecho aparte del cuerpo general del derecho civil, mercantil y procesal que regía en los EEUU. Debido a estas tradiciones, los primeros abogados y bufetes en destacarse por el ejercicio del derecho de quiebras se formaron en California, porque los bufetes de mucha categoría en Nueva York y otras ciudades del oriente y del medio oeste de los EEUU no lo tocaron.

cultivaron una actitud y una capacidad en los tribunales de quiebras federales muy útiles en la resolución de insolvencias internacionales.

¿Entonces, con esos antecedentes, que podría ofrecer la norma estadounidense al deudor extranjero en los principios del siglo XXI? En primer lugar, a pesar de sus antepasados legislativos tan dudosos, el CdQ actual es una norma bien redactada, clara, cohesiva y con mucha consistencia interna. Los conceptos y las reglas sustantivas y procesales se han formado en el horno de la práctica durante décadas, cuando la ley –de una redacción confusa– sirvió para abrir posibilidades en vez de disponer reglas concretas y rígidas.

8.2. EL CARÁCTER Y LA ORIENTACIÓN DE LOS TRIBUNALES DE QUIEBRAS ESTADOUNIDENSES: UN FORO ESPECIAL

El elemento más importante en la aplicación del CdQ, sin embargo, son los tribunales federales de quiebra, motor y alma de la ley. No hay otros tribunales semejantes, por especializados y separados⁴¹. Se han buscado su propio camino desde su creación; comenzaron desprestigiados y marginados, pero hoy en día quizás son las cortes más importantes de la nación, después de la Suprema Corte. Por cierto, en cuanto a sus impactos sobre la economía los tribunales de quiebras no tienen igual en el ramo judicial. No existe competencia estatal en materia de quiebras, y los tribunales federales de distrito ceden su competencia en quiebras a los tribunales especializados⁴². Estos tribunales se pueblan de jueces especializados en la materia

41. Por citar dos ejemplos, la garantía constitucional de audiencia con jurado se venera mucho en los EEUU. En la quiebra, hay muchas audiencias, pero nunca con jurado, aunque existe en teoría la posibilidad. Nadie insiste jamás en la garantía, y las audiencias funcionan bien. Otrosí, supuestamente, las reglas sobre las pruebas se aplica en las quiebras como en lo civil y mercantil, pero de hecho se las observan muy poco. Los procesos de quiebra se distinguen tanto de las otras cortes que abogados litigantes experimentados muy a menudo se niegan a litigar ante los tribunales de quiebras, por considerarlos tierra incógnita, con procedimientos exóticos que no corresponden a lo debido. De igual manera, los abogados especialistas en la quiebra tienen dificultades si van a litigar en las cortes “normales”.

42. Después de un lío entre el Congreso y la Suprema Corte federal sobre las disposiciones del CdQ de 1978, cuando el Congreso legisló tribunales con competencia original en quiebras y “todas las cuestiones relacionadas a las quiebras”, surgió una discusión sobre la constitucionalidad de esa delegación de poder judicial, puesto que los tribunales de quiebras se crearon bajo el Artículo I de la Constitución, que recita los poderes legislativos, y no reunieron todos los aspectos de los tribunales judiciales creados bajo el Artículo III de la Constitución, que describe los poderes judiciales.

El caso *Marathon Pipeline*, 458 U.S. 50 (1982), declaró anticonstitucional el régimen que había legislado en el Congreso. Durante un tiempo, los EEUU se quedaron

durante años de ejercicio profesional, mientras los jueces en otros tribunales tendrán que encargarse de materias fuera de sus antecedentes profesionales. Los jueces de la quiebra llegan a sus puestos ya formados y fieles a las políticas básicas del CdQ, con una orientación en pro de los deudores, conceptualizando al CdQ como una fuente de ayuda a gente atropellada por circunstancias desafortunadas que inevitablemente afectan a un porcentaje de los participantes en cualquier economía, no obstante sus mejores esfuerzos.

Sobre todo en cuanto a las empresas, con sus empleados y sus efectos multiplicadores en la economía, el proceso de la quiebra se convirtió en la última esperanza para rescatar y mantener a flota el negocio y todos los individuos e intereses dependientes de ello. El Capítulo 11 del CdQ se dedica a los procedimientos disponibles para su reorganización. Los jueces de quiebra son una clase electa de juristas mercantiles, compenetrados en la materia porque no hacen otra cosa, empujados por una abogacía también especializada y creativa, que maneja hábilmente la norma comercial y constantemente extrae de ella nuevas facetas y aplicaciones frente a los casos específicos presentados en el mercado.

Es decir, existe una categoría de cortes que manejan una gran parte de los asuntos mercantiles que llegan a litigar en los Estados Unidos. Las cuestiones de las garantías mercantiles –contra bienes raíces y bienes muebles– normalmente se litigan en quiebras, tales como las acciones paulianas (transferencias sin recibir compensación suficiente a cambio) y los fraudes mercantiles. En la quiebra se pone a prueba toda la estructura del pasivo y activo: los contratos y las obligaciones contractuales; las personas jurídicas, su constitución y sus poderes; y todas las operaciones realizadas por el negocio. Así pelean y reparten la masa entre los acreedores, mientras el deudor defiende su derecho de reestructurarse y su viabilidad comercial. Sale de los tribunales de quiebras, entonces, un flujo constante de jurisprudencia mercantil. Aun cuando no tienen el nombre, los tribunales de quiebras vienen de crear un sistema de tribunales mercantiles.

El CdQ y el derecho producido por su aplicación presentan uno de los sectores más dinámicos y creativos en el panorama jurídico de los EEUU. De oficio, los tribunales de quiebras rutinariamente asimilan muchos intereses en conflicto en un proceso y median entre ellos,

sin procesos de quiebra, porque no había tribunales para aceptarlos. A fin de cuentas, la resolución legislativa del dilema era poner la competencia sobre quiebras en los tribunales federales de distrito, y en la misma ley delegar esa competencia a los tribunales especializados de quiebras “bajo la supervisión de los tribunales de distrito”. En efecto, la supervisión no existe, pero la ficción salvó la constitucionalidad de los tribunales de distrito y mantuvo la categoría a favor de las cortes judiciales.

resolviéndolos de manera asertiva pero pacífica. Aportan mucho a la salud y a la función de la economía, controlando los conflictos que surgen en tiempos difíciles.

8.3. VENTAJAS NORMATIVAS DISPONIBLES EN EL PROCESO DE LA REORGANIZACIÓN BAJO EL CAPÍTULO 11 DEL CÓDIGO DE QUIEBRAS

Empero, aparte de una ley sofisticada en letra y aplicación, que se orienta en pro de la reorganización de la empresa en quiebra en vez de liquidar su activo, distribuirlo entre sus acreedores y dejar la empresa desaparecer, ¿ofreció el proceso de quiebra en los EEUU algo en especial para la AVIANCA?

8.3.1. El paro automático

Antes que nada, desde el instante de iniciar el proceso –que el deudor hará ante el tribunal con un formulario sumamente sintético, planteado electrónicamente, en una cuestión de minutos⁴³– opera el paro automático (*automatic stay*) que prohíbe terminantemente todo proceso o trato de los acreedores en busca de sus derechos contra el quebrado y su activo⁴⁴. Le ofrece al deudor una especie de asilo donde escapa de toda amenaza, una tregua en que nadie utiliza la violencia jurídica. Tiene que pedirle y conseguir el permiso del tribunal antes de iniciar cualquier acción en contra del deudor y su masa.

8.3.2. El deudor sigue en posesión y operación de la empresa

Abierto el proceso y paralizado todo reclamo contra el deudor-quebrado, lo siguiente en saltar a la vista favorable a la AVIANCA es el artículo que, en vez de imponer un síndico, admite que el deudor mantenga el control de la empresa como *Debtor in Possession* (deudor en posesión), o DIP, mientras se forma un plan de reorganización⁴⁵. El plazo señalado en el CdQ son 120 días, prorrogables. Suelen durar hasta un año o más, porque mientras el juez vea unos esfuerzos constructivos y factibilidad en la reestructuración del deudor, no le cortará el tiempo.

43. Se podría cumplir con los requisitos de inventario de la masa, relación de obligaciones y acreedores y el resto de la documentación esencial en apoyo de la quiebra en el lapso de 30 días, prorrogables, después de declararse en quiebra. CdQ, §521 (a)(2).

44. CdQ, §362.

45. CdQ §§1101 (1), 1107.

8.3.3. La rescisión de contratos ejecutorios y el *cram-down*

Fortalecido por seguir con la administración en su poder, la AVIANCA podría haber enfocado sus siguientes actuaciones atendiendo al texto del Artículo 365 del CdQ, que permite al deudor rescindir los contratos pendientes de ejecución⁴⁶, o sea, cualquier contrato que tiene todavía algo por cumplirse en el momento de iniciar el proceso ante el tribunal, inclusive a contratos de arrendamiento⁴⁷. En términos más generales, la AVIANCA pudiera haber tomado en consideración el famoso concepto del “*cram-down*” (difícil de traducir, pero quizás “machacar” da el sentido) que dispone el Capítulo 11: cuando en la votación obligatoria alguna clase de acreedores rechaza el plan de reorganización propuesto por el deudor, el juez aún lo podría imponer, siempre y cuando el juez confirme que el plan “no discrimina injustamente” y lo juzga “justo y equitativo” en su efecto sobre la clase que no lo acepte⁴⁸. El detalle importante es que el criterio de “justo y equitativo” se aplica a la clase de acreedores⁴⁹ y no a cada acreedor en su capacidad individual; la queja frecuente es de un acreedor que sostiene que el trato puede resultar “justo y equitativo” a la clase en conjunto mientras no a él en particular. El *cram-down* da poder al juez, y quita poder a los acreedores. No la garantiza, pero hace más probable la aprobación del plan de reorganización, si el deudor es astuto en designar las clases de acreedores y muestra alguna posibilidad de cumplir con el plan⁵⁰.

En el caso de la AVIANCA, como en el caso de casi todas las aerolíneas mundiales, la empresa no era dueña de las aeronaves con su marca pintada en el cuerpo. La AVIANCA tenía una flota de 31 aeronaves en servicio en el momento de la quiebra, todos bajo contratos de arrendamiento, o *leasing*⁵¹. También, tuvo que mantener una reserva

46. En el lenguaje del CdQ, “*executory contracts*”, o “contratos ejecutorios”.

47. Según su inciso 365 (a), el CdQ dispone que el deudor en posesión, “sujeto a la aprobación de la corte, podría asumir o rechazar cualquier contrato ejecutorio (*executory contract*) o de arrendamiento no vencido (*unexpired lease*)”.

48. CdQ, §1129 (a) (7), (b).

49. O sea, todo miembro de la clase tiene que tratarse igual. Si para una clase se reduce la cuantía debida en 50%, a cada miembro de la clase su reclamo se reduce a la mitad. Otra clase –quizás compuesta de acreedores más esenciales a la operación continua del negocio del deudor, por abastecerle insumos o inventario– el ajuste podría hacerse en 25%.

50. La gran mayoría –más del 90%– de los esfuerzos para reunir y aprobar un plan bajo Capítulo 11 fracasan. Se explica ese dato por el hecho de que muchos negocios empiezan en el Capítulo 11 con una actitud especulativa, pensando “por si acaso”, sin saber exactamente sus posibilidades financieras y comerciales. Una vez hechas las cuentas, se confirma su situación imposible de rescate y se rinden ante lo inevitable.

51. Aunque la AVIANCA arrendó 13 aviones de G.E. *Capital Aviation Services*, y 11 aviones de *Debis AirFinance B.V.*, los otros 7 aviones y los 16 motores suplentes que completaron la flota se arrendaron entre unos 14 arrendadores más.

imprescindible de 16 motores –todos bajo contrato de *leasing*– para poder reemplazar ese aparato esencial en caso de problemas, y continuar el avión en servicio. Es decir, la AVIANCA no tenía ningún avión ni motor de su flota –el equipo básico pero costosísimo que hizo posible su negocio– en propiedad.

Señaló el tribunal, “Aunque los acreedores colombianos tienen más deuda fija, los acreedores estadounidenses [arrendadores de aviones y motores] tendrían más deuda si se rehusan los contratos de arrendamiento de aeronaves, por los daños compensatorios pagables bajo los contratos”⁵². O sea, bajo el CdQ en los tribunales federales neoyorquinos de quiebras, habrá mucha seguridad para la empresa-deudor en poder rechazar los contratos de arrendamiento e imponer un plan sobre esos arrendadores-acreedores aún si no estuviesen de acuerdo con lo propuesto para reestructurar la deuda en nombre de la reorganización.

Aprovechando la oportunidad de seleccionar entre todos los contratos en vigencia y rehusar los que no le convenía, la AVIANCA pensaba proponer a sus arrendadores reformar los términos y condiciones de pago, y a los recalcitrantes que no se pusiesen de acuerdo, deshacerse de ellos rescindiendo sus contratos⁵³. Era un resultado o no disponible o muy dudoso bajo las leyes colombianas⁵⁴.

Estos arreglos financieros dispersos son típicos en el negocio de transportes aéreos. El mercado en aeronaves y motores se maneja por corredores de las máquinas, de alto valor cada uno. Los corredores de aviones son pocos y componen una élite que en todo momento conoce el inventario mundial de aeronaves comerciales capaces de volar, y de motores y otros accesorios de mayor índole. Típicamente, la aerolínea indica al corredor lo que necesita. El corredor busca entre los aviones y accesorios disponibles para cumplir con el pedido. Cuando se encuentra la máquina deseada por la aerolínea, una de las compañías arrendadores-financieras la compra y la arrienda a la compañía que la volará y la mantendrá. En otros casos, el avión pertenece al arrendador-financiero desde antes, por un contrato vencido, y el corredor le encuentra a un nuevo arrendatario.

Entonces la flota en juicio –de 31 aviones y 16 motores extras– en términos formales, queda propiedad no de la AVIANCA, sino de muchas entidades variadas.

52. AVIANCA, 303 B.R. 5 (2003).

53. La frase popular entre los abogados que ejercen en ese ramo de la profesión da cierto sabor al fenómeno: le dicen “*scrape off*”, o rasurarse, los reclamos de los acreedores y arrendadores que se quedan marginados por aplicación de este artículo del CdQ.

54. Colombia promulgó una nueva ley de reorganizaciones, la Ley 550 de 1999.

8.3.4. Los criterios sofisticados de los tribunales de quiebras neoyorquinos en aplicar estas ventajas normativas al caso particular

Otro factor importante en cuanto a la elección de los tribunales estadounidenses para la quiebra de la AVIANCA debe haber sido la vasta experiencia de esos tribunales en la materia de reorganizaciones empresariales, y su orientación favorable a deudores en quiebra, en especial cuando se trata de una reorganización bajo el Capítulo 11. El número de casos de quiebras ante los tribunales especializados de los Estados Unidos llega por encima de dos millones anuales, y la décima parte trata de reorganizaciones bajo el Capítulo 11 del CdQ, muchas concentradas en Nueva York⁵⁵. Entonces, la AVIANCA fue precavida, aterrizando en un foro que podría imponer el plan de reorganización de la empresa en caso de que los arrendadores-acreedores estuviesen dispuestos a oponerlo, recoger sus aviones y motores, y dejar la compañía sin los recursos básicos del negocio.

9. LA CUESTIÓN DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE QUIEBRAS SOBRE UNA INSOLVENCIA INTERNACIONAL

Los arrendadores y otros acreedores de la empresa levantaron objeciones al intento empresarial, señalando obstáculos de competencia y jurisdicción, e imponiendo otra serie de denuncias basadas en la improcedencia de la insolvencia en tribunales ajenos a la sede de las operaciones principales de la empresa actor, también su domicilio por constitución de la persona jurídica. Lo más básico, desde luego, impugnó la competencia y jurisdicción del tribunal federal estadounidense.

9.1. LA JURISDICCIÓN BÁSICA BAJO EL CdQ §109 (a) Y LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL EN APLICARLA

El CdQ, siendo una ley federal, no reconoce muchos límites sobre su competencia. Dice que “una persona [natural o jurídica] que reside o tiene domicilio, una sede de negocios, o propiedad en los Estados Unidos... puede ser un deudor bajo esta [ley]”⁵⁶. Es más, define la masa de la quiebra como todos los intereses reales y abstractos del deudor con valor económico, “donde sean ubicados, por quienes sean posesionados”⁵⁷. La jurisdicción expuesta aquí pretende alcanzar bienes en cualquier parte del mundo y hasta

55. Sin embargo, la gran mayoría de los intentos a la reorganización bajo Capítulo 11 no llegan a constituir un plan aprobado por el Tribunal de Quiebras, y –fracasado el intento– recaen forzosamente en una liquidación general bajo el Capítulo 7, en Nueva York como en otras jurisdicciones.

56. CdQ, §109 (a).

57. CdQ, §541 (a).

la luna y más allá. Lo que permite la competencia del Tribunal de Quiebras en Nueva York en el caso de la AVIANCA y en otros casos iniciados por extranjeros es la frase, “una persona que... tiene... propiedad en los Estados Unidos... puede ser un deudor bajo esta [Ley]”. Y, según la ley, una vez ante el tribunal, el caso incluirá todo la propiedad del quebrado, sin límites jurisdiccionales.

Frente a la objeción jurisdiccional interpuesta por los arrendadores, el tribunal tuvo que resolver la cuestión de su competencia antes que cualquier otra. Sentenció en pro de su competencia, justificándola en la luz de la jurisprudencia emergente en los EEUU en los últimos años. Decía, “Los casos que han construido el requisito de ‘propiedad’ en cuanto a las sociedades e individuos extranjeros han encontrado el cumplimiento del requisito en una cantidad mínima de propiedad ubicada en los Estados Unidos”⁵⁸. Citó el caso de *Grand Ocean Carriers*, una sociedad marítima griega quebrada en los EEUU ante los tribunales de Delaware, cuando fue suficiente nexo jurisdiccional su propiedad estadounidense de “unos pocos miles de dólares en una cuenta bancaria y las porciones restantes de los anticipos pagados a sus abogados locales [por la quiebra]”⁵⁹. Hasta \$500 en una cuenta bancaria dieron lugar a la quiebra de un ciudadano argentino ante el Tribunal de Quiebras en el Estado de Florida⁶⁰. Concluyó el tribunal de Nueva York en *AVIANCA*, citando el tratado más prestigiado en el tema de la quiebra, “virtualmente no hay ninguna barrera formal en contra de una entidad extranjera que quiere comenzar un caso de quiebra en los Estados Unidos”⁶¹. Frente a esos precedentes no cabía la menor duda de la existencia de contactos propietarios suficientes, según el derecho consuetudinario estadounidense, para sentar competencia en el caso *AVIANCA*.

Ahora bien, si esa competencia se hace conforme a los requisitos del Derecho Internacional Privado, y si otros países lo aceptarán en sus efectos extranjeros, son otras preguntas. Por más importantes que puedan ser, no entraron en consideración del tribunal cuando sentenció en favor de su propia competencia. Solo aplicó la letra de la ley, a la luz de su jurisprudencia.

9.2. LA VOLUNTAD DEL TRIBUNAL EN INSISTIR SOBRE SU JURISDICCIÓN: CdQ §305 (a)(1)

Aunque los requisitos nimios de una propiedad presente en los EEUU en efecto abrieran los portales de los tribunales federales de quiebras al

58. *AVIANCA*, 303 B.R. 8 (2003)

59. *In re Grand Ocean Carriers Ltd.*, 251 B.R. 31 (Bk.D.Del. 2000).

60. *In re Iglesias*, 226 B.R. 721 (Bk.S.D.Fla. 1998).

61. *AVIANCA*, 303 B.R. 9 (2003), citando a L. KING *et al.*, *Collier on Bankruptcy* 109.02 (3) (15a ed. rev., 2003).

mundo entero de deudores, el CdQ tiene otras disposiciones –conscientes de la ausencia de límites jurisdiccionales, o no– que pudieran quitar la competencia al tribunal estadounidense. En su §305 (a)(1), dispone que un tribunal podría deshacerse de un caso de quiebra, o suspenderlo, cuando “los intereses de los acreedores y el deudor se servirán mejor por tal rechazo (*dismissal*) o suspensión”.

La norma deja mucho a la voluntad del juez, y se ha calificado la posibilidad de aplicar la §305 (a)(1) como un “remedio extraordinario”⁶². Es de sumo interés, no obstante, el criterio del juez en AVIANCA, el Hon. Alan Gropper, en descartar la posibilidad de aplicar la §305 (a)(1) y rechazar el caso. Consideró la existencia de una ley colombiana⁶³, pero sentenció,

La contraparte colombiana del Capítulo 11... solo tiene cuatro años de vigencia y queda relativamente sin probar, en especial para casos grandes. No tiene una disposición que permitiría al deudor rechazar un contrato de arrendamiento, y las pruebas indisputadas desahogadas en la audiencia sostenían que [bajo la ley colombiana] un arrendador puede pedir terminar la reorganización, hacer reposición de su propiedad y exigir la liquidación, si el deudor no le cubre toda mora dentro de 90 días de haberse declarado en quiebra. El testigo de AVIANCA declaró que [la empresa] estuvo en mora con la mayoría de sus arrendamientos en el momento de iniciar el caso, que no pudo en ese momento hacer pagos a todos los arrendadores y que necesitaba renegociar los arrendamientos conforme a las condiciones del mercado o rechazarlos. La reorganización de la AVIANCA hubiera terminado tiempo atrás si no hubieran tenido una medida efectiva de... o rechazar o renegociar los contratos de arrendamiento insostenibles⁶⁴.

Agregaba el Juez Gropper, “BONY [que tiene un reclamo superior a los \$20 millones con garantía sobre las cuentas de tarjetas de crédito a favor de la AVIANCA] jamás ha sugerido que preferiría tener esta disputa resuelta por los tribunales colombianos”⁶⁵, que los acreedores en Colombia –con una sola excepción, un reclamo por \$400,000– se habían conformado con los procedimientos estadounidenses⁶⁶, y que al final de cuentas la quiebra

62. *Id.*, en la p. 9, citando a *In re RCM Global Long Term Appreciation Fund*, 200 B.R. 514, 524 (Bk.S.D.N.Y. 1996).

63. Ley 550, de 1999, en Colombia, creó una especie de reorganización semejante al Capítulo 11 del CdQ.

64. AVIANCA, 303 B.R. 1, 10 (2003).

65. *Id.*

66. *Id.*

ante el tribunal estadounidense y bajo la letra del CdQ estadounidense había “servido bien” al deudor y a sus acreedores⁶⁷.

Valdría contemplar el pensamiento atrás de la resolución del Juez Gropper. En términos de facto, impone los criterios de la ley estadounidense por encima de cualquier otro criterio, aun cuando será un criterio dispuesto por una ley de otro país soberano con jurisdicción impecable en el asunto. Califica de “servir bien” al deudor y a los acreedores, la posibilidad de rechazar los contratos de arrendamiento, cuando los acreedores afectados no lo quisieron y lo objetaron, y cuando la ley colombiana no lo permite. Aquí está el grano del dilema: ¿cuáles son los criterios que van a prevalecer en la quiebra internacional? Cualquier empresa de negocios y/u operaciones internacionales, y muchos nacionales con cuentas bancarias u otros bienes en el extranjero, y muchos individuos en condiciones semejantes, tendrán contactos suficientes para crear competencia en varios países en los tribunales que toman cargo de los casos de insolvencia, incentivando un proceso de “ir de compras para encontrar el tribunal que más conviene”⁶⁸. ¿Habrá o no habrá límites al proceso? ¿Cuáles son los elementos precisos para definir esos límites?

9.3. ELEMENTOS RECONOCIDOS POR EL TRIBUNAL DE QUIEBRAS EN AVIANCA QUE DEBEN LIMITAR LA COMPETENCIA SOBRE QUIEBRAS INTERNACIONALES

En su sentencia extensiva, el Juez Gropper reconoció y aplicó varios factores importantes para validar el insistir en su competencia. En primer lugar, reconoció la necesidad de unos contactos jurisdiccionales para fundar y motivar la competencia. Dada la mención de propiedades en la §109 (a) del CdQ, y los precedentes creados por su aplicación agresiva en las sentencias emitidas por los tribunales estadounidenses, no se hace difícil alcanzar el nivel mínimo de “propiedad en los EEUU”. No obstante, reconoció en *AVIANCA* un criterio equitativo de contactos, más allá de la propiedad mínima, fijándose en el nivel de contactos en general entre la *AVIANCA* y los EEUU.

Habiendo certificado la competencia por contactos mínimos, el tribunal todavía podría rechazarla por no aconsejable bajo las circunstancias. Escribió, identificando un contacto sobresaliente, “Se ha dicho que la eficacia de una quiebra depende de la habilidad del tribunal para controlar

67. *AVIANCA*, 303 B.R. 1, 11 (2003).

68. En inglés, *forum shopping*.

y amasar los bienes del deudor. En el caso instante,... el control sobre los arrendadores se puede calificar de control sobre los bienes”⁶⁹.

Seguido, el Juez Gropper señaló la propiedad como un contacto históricamente importante, en los tiempos cuando “hubo poca cooperación en las insolvencias internacionales, cuando cada nación en que una empresa internacional hizo negocios tomó control de los bienes locales”, y la quiebra fue un proceso de liquidación simple⁷⁰.

Hoy en día, especialmente en una reorganización, la presencia de los acreedores en una jurisdicción, el poder del tribunal de ejercer el poder judicial sobre ellos, y la voluntad de otros acreedores en someterse a la jurisdicción del tribunal, suelen ser factores más importantes que la presencia de bienes, siempre y cuando los requisitos de la §109 se han cumplido... La reorganización también es mayormente un proceso consensual... Depende en la buena voluntad de los acreedores principales del quebrado en aceptar un plan de reorganización (y proteger a una minoría por darles más de lo que podrían en una liquidación)... [L]a voluntad de unas partes colombianas de mayor cuantía en participar en los procedimientos, es uno de los factores más significativos para llevar a cabo la quiebra aquí⁷¹.

Considerado desde el punto de vista global, cabe enfocar el punto de vista de los acreedores que no estaban de acuerdo con el proceso plenario en los EEUU. El tribunal también descartó esas objeciones, opinando que las protestas de injusticia no se comprobaron. “Ese no es un caso en que el deudor haya manipulado su lugar de inicio o haya intentado evadir a sus acreedores, o para tomar ventaja de la ley estadounidense que lo deja en posesión de la masa, o para beneficiarse de un sistema diferente de prioridades o para ganar otra ventaja legal... Un Tribunal de Quiebras tiene poderes amplios para deshacerse de tal caso... por motivos de mala fe”⁷².

Tampoco la aplicación de los principios del derecho de quiebras iba a causar prejuicios injustos a acreedores individuales, según opinó el Juez Gropper en su sentencia. Los arrendadores protestaron que si hubieran tomado en cuenta el riesgo de involucrarse en un caso bajo el Capítulo 11 del CdQ, hubieran puesto otros precios –más altos– en sus contratos de arrendamiento de aeronaves y motores. El tribunal rechazó el argumento,

69. AVIANCA, 303 B.R. 1, 12 (2003).

70. AVIANCA, 303 B.R. 1, 13 (2003).

71. *Id.*

72. *Id.*

diciendo, “El derecho de quiebras estadounidense ampara a los derechos propietarios de un acreedor, [porque] impone solo una suspensión temporal del derecho del arrendador en poseer su propiedad y no resulta ni en la subordinación ni en la eliminación del reclamo del acreedor”⁷³. Confía mucho en la disposición del CdQ que requiere “protección adecuada” de los intereses del acreedor mientras se prohíbe la ejecución de sus derechos sobre el bien en posesión del deudor⁷⁴. Reforzó la resolución refiriéndose al hecho de que los acreedores en desacuerdo se ubicaran en los EEUU. Hizo notar que una queja de trato injusto por la aplicación de los principios del derecho de quiebra estadounidense, procedente de un acreedor colombiano, “podría haber levantado distintas equidades y distintas cuestiones, pero no hubo tal reclamo en este caso... [H]an participado activamente y han apoyado este caso [los acreedores colombianos]”⁷⁵.

Finalmente, no hubo un proceso de insolvencia iniciado en ningún otro país, que hubiera implicado otras preocupaciones⁷⁶. El tribunal no estuvo dispuesto a obligar al deudor a abrir un proceso en Colombia o en otro lugar⁷⁷.

El tribunal estableció competencia básica por contactos propietarios y después la sometió a unas pruebas discrecionales que deben regir para ejercer jurisdicción en una reorganización de una empresa bajo el Capítulo 11 del CdQ, inclusive:

- Más importante que contactos mínimos a base de propiedades, será un control efectivo por el tribunal de los bienes del deudor esenciales para su reorganización. A falta de eso, el tribunal no debe tomar el caso.
- La buena voluntad y el consentimiento de los acreedores principales extranjeros también son de suma importancia. Si están de acuerdo con el ejercicio de jurisdicción, el tribunal podría proseguir sin mayores dudas; si no, no debe tomar el caso.
- La posibilidad de perjudicar injustamente a acreedores individuales por la aplicación de los principios de la ley de insolvencia local también podría destituir al tribunal de su competencia, si llega a un nivel suficientemente injurioso. En *AVIANCA*, ese

73. *AVIANCA*, 303 B.R. 1, 14 (2003).

74. CdQ, §362 (d), 363 (e). Además, el deudor tiene que decidir sobre los contratos pendientes de ejecución dentro de 60 días y empezar a cumplir, si los acepta. Si no, el acreedor podría tomar posesión del bien arrendado. CdQ, §365 (d)(10).

75. *AVIANCA*, 303 B.R. 1, 14 (2003).

76. Véase *id.*, en las pp. 14-16.

77. Véase *id.*, en la p. 17.

punto se discutía mucho. Según los arrendadores, salieron injustamente perjudicados por la aplicación de la CdQ en vez de la ley colombiana. Según el Juez Gropper, las normas del CdQ no podrían calificarse de perjudiciales a ningún acreedor. Presumió, sin más discusión, que el CdQ era la ley aplicable. Y, finalmente, pero quizás lo más importante;

- La presencia de otros procesos de insolvencia en otros países, que exigen alguna forma de cooperación judicial, podrían tomar precedencia. Cuando se ha iniciado el caso en otro país, el segundo tribunal debe conformarse con un papel supletorio.

Al fin y al cabo, el Juez Gropper sumó, “El consentimiento es muy a menudo un factor crítico en determinar la órbita apropiada de la jurisdicción de un Tribunal de Quiebras”⁷⁸. Parece que así era en el caso de AVIANCA, pues no hizo caso a la queja de que se hace “indecoroso”⁷⁹ para los tribunales de los EEUU tomar jurisdicción plenaria y solitaria sobre la reorganización de una empresa con su “centro de principales intereses”⁸⁰ en otras partes. Opinó que en un mundo “ideal o hasta bien ordenado”, puede haber una ley contralor que identificase y requiriese una jurisdicción obligatoria, normalmente donde una empresa internacional tiene su centro de principales intereses, pero “en nuestro mundo actual, y sobre los antecedentes aquí presentes... este es un caso idóneo para el ejercicio de jurisdicción” plenaria⁸¹.

10. LECCIONES DEL CASO AVIANCA A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS SOBRE CONFLICTOS VIOLENTOS

Elegí el caso AVIANCA y lo presenté en tanto detalle en primer lugar porque se trata de una insolvencia internacional que logró reorganizar una empresa insolvente, resultado no siempre disponible en las leyes nacionales sobre la insolvencia. En segundo lugar, iluminaba las cuestiones más problemáticas en las insolvencias internacionales y aplicaba los factores apropiados a su resolución. Se puede o no estar de acuerdo con algunas conclusiones del Juez Gropper, pero lo clave del caso y lo que lo hizo posible era:

1. El insolvente, la AVIANCA, empresa colombiana, a su propia voluntad eligió el foro;

78. *Id.*, en la p. 14.

79. *Id.*, en la p. 17. La palabra en inglés es “unseemly”.

80. *Id.* La frase en inglés es “center of main activities”.

81. AVIANCA, 303 B.R. 1, 17-18 (2003).

2. Los acreedores colombianos estuvieron de acuerdo con el foro, porque estuvieron contentos con el trato de sus reclamos en el foro;
3. Quienes no estuvieron de acuerdo con el foro fueron los acreedores presentes en el mismo foro, o sea, las partes bajo el control jurisdiccional directo del tribunal.

Reunidos esos factores, no había mayores razones para no proseguir con el caso ante el Tribunal de Quiebras en Nueva York. Aplicando los principios sobre los conflictos violentos, el problema principal era manejar el problema. Y el tribunal se encontraba en condiciones de contar con todos los recursos necesarios para manejar –y resolver– el problema. Mayormente, lo manejaba con medidas pacíficas, aplicando la ley tratando de satisfacer las preocupaciones de las partes que pudiesen haber escapado de su control. Como sentenció el juez, una queja de trato injusto procedente de un acreedor colombiano, “podría haber levantado distintas equidades y distintas cuestiones, pero no hubo tal reclamo en este caso⁸²... El consentimiento es muy a menudo un factor crítico en determinar la órbita apropiada de la jurisdicción de un Tribunal de Quiebras”⁸³.

Hubo, seguramente, en el caso *AVIANCA* negociaciones preliminares y preventivas entre los acreedores colombianos y la empresa. Me imagino que la empresa señaló a las partes colombianas que la suerte que les esperaba ante el tribunal neoyorquino de quiebras y bajo el CdQ estadounidense era mejor que lo disponible ante un tribunal y ley colombianos, y les explicó los detalles para convencerles. Supo identificar las diferencias entre estructuras y culturas, y anularlas por acuerdo previo.

Habiendo acuerdo entre las partes extranjeras, la empresa insolvente pudo ampararse contra la oposición de los otros acreedores con la coincidencia muy afortunada entre el foro y la nacionalidad de esos acreedores. Estos no pueden protestar en un conflicto en razón de estructuras o culturas, pues forman parte de la misma estructura y cultura que la corte.

Por cierto, el Juez Gropper en el caso *AVIANCA* sentenció en contra de los acreedores renuentes, pero en aplicación de la ley. Es decir, si había algún elemento de coerción venía de la norma y la norma venía del pueblo contra quien la aplicaba. Respetar y aplicar la ley al ciudadano no es coerción, supongo, sino orden público. Y si es coerción, porque el ciudadano no esté de acuerdo, es una coerción vinculada a la soberanía a la cual el ciudadano queda comprometido. No había amenazas a la paz, ni incidentes violentos.

82. *AVIANCA*, 303 B.R. 1, 14 (2003).

83. *Id.*, en la p. 14.

Ahora bien, el caso *AVIANCA* expone los elementos de los conflictos existentes en las insolvencias internacionales, y lo resolvió fiel a los principios aplicables en los conflictos violentos. El caso, sin embargo, resultó relativamente fácil de solucionar por una serie de circunstancias favorables que superaron los problemas desde el inicio. Casi no tenía que manejar el problema; el problema se manejó por sí mismo. Quienes pudieron haber planteado conflictos difíciles en sus implicaciones internacionales no lo hicieron. Quienes quisieron plantear conflictos no tenían como. Levantaban objeciones, pero la corte pudo manejarlas dentro de sus propios poderes jurisdiccionales, sin ninguna implicación internacional.

En el caso *AVIANCA* se manejaron bien los conflictos, mayormente por haberlos arreglado por negociaciones preventivas en la luz de las diferencias estructurales y culturales en juego. Aplicaron medidas pacíficas –en el sentido de medidas judiciales sin conflicto– y no coercitivas en la resolución del caso. En definitiva cumplieron con los principios, aunque el caso no se hizo muy exigente ni muy difícil en aplicarlos.

Hay insolvencias internacionales mucho más difíciles, donde los conflictos son más numerosos y no se prestan a los acuerdos preventivos. Es lo que pone la crisis en la globalización y nos da una razón por estar en Vitoria-Gasteiz en la casa de la UPV en los Cursos de Verano. Vamos ahora a confrontar los casos más difíciles e intentar aplicar nuestros principios –que han funcionado hasta ahora y en el caso *AVIANCA*– a los verdaderos conflictos hallados en las insolvencias internacionales de circunstancias ásperas.

11. LAS FUENTES INTERNACIONALES Y CÓMO SE TRATAN LAS INSOLVENCIAS INTERNACIONALES

Sostuve antes que los acuerdos internacionales han fracasado en sus intentos de montar un régimen legal concreto con reglas específicas sobre las insolvencias internacionales. Básicamente, se necesita identificar el tribunal nacional que se hará cargo del proceso, e indicar los procedimientos aplicables y poner unas normas con las que dicho tribunal tiene que resolver cuestiones de prelación entre acreedores, la validez de garantías, y todos los otros aspectos que se cubren en las leyes nacionales sobre la insolvencia. O sea, un régimen internacional depende del sometimiento los regímenes nacionales a su mando. Ahí fracasan las iniciativas. Los regímenes nacionales no ceden sus poderes a un poder unitario global. Se fijan en las diferencias entre sistemas, se dan cuenta de los conflictos que causan los sistemas diferentes en las insolvencias internacionales y a fin de cuentas cada Estado sigue insistiendo en su propio sistema.

Este resultado se reiteró en varios foros –regionales como mundiales– y después de muchas horas de discusiones e intentos de la redacción. No obstante, en la búsqueda frustrada de reglas concretas, se ha avanzado en definir y clarificar el problema, a la vez que en el acuerdo de las prácticas factibles que permiten el manejo efectivo de los conflictos inevitables. Mientras los países soberanos no quisieron comprometerse sobre reglas, sí se mostraron dispuestos a apoyar la cooperación judicial y auspiciar las comunicaciones entre los poderes judiciales nacionales para mediar en los conflictos y llegar a tratos –para no decir acuerdos– resolutorios que podrían juntarse en una sentencia global en caso de una insolvencia internacional, no importa en qué foro nacional se inició el procedimiento.

Aquí vemos la suma importancia de los principios en ausencia de reglas concretas. Dan lugar a pautas, y las pautas orientan el manejo del problema por especificar un método consistente mas no los detalles sustantivos que regirán en cada caso. Método consistente, detalles variables. El acuerdo imposible en términos globales se debe de producir en cada insolvencia internacional a través de una cooperación judicial, flexible en sus conclusiones.

11.1. LA BÚSQUEDA DE UN RÉGIMEN INTERNACIONAL

Hasta ahora, las discusiones sobre las insolvencias internacionales se han concretado en cuatro fuentes distintas sobre el tema, pues hay materia prima para la comparación. A ver si los esfuerzos para forjar fuentes “legislativas” internacionales coinciden en sacar resultados fieles a los principios que estamos intentando aplicar al tema, o si se quedan inútiles frente al problema de los conflictos de leyes presentes en toda insolvencia internacional.

Recordamos el concepto del tribunal federal de quiebras neoyorquino en el caso *AVIANCA*, el concepto de una jurisdicción total y exclusiva, de acuerdo con la jurisprudencia de los EEUU. Funcionó en ese caso. Pero, ¿estará de acuerdo con los conceptos, los principios, las doctrinas y las normas emergentes internacionales? ¿Cómo hubieran afectado esas fuentes el ejercicio del tribunal en *AVIANCA*? Sobre todo, ¿tienen una respuesta estas fuentes internacionales a la aplicación de una competencia agresiva de un país dispuesto a aceptar y ejercer jurisdicción plenaria sobre un caso de insolvencia internacional? El CdQ estadounidense es agresivo en su alcance, pretendiendo tomar control de todos los bienes del quebrado, no importa dónde se encuentren, para reunir una sola masa e imponer una resolución universal. ¿Qué pasará cuando un tribunal se declare competente y no quiera compartir el cargo, pero se tope con la necesidad de ejecutar contra bienes en otro país, igualmente resuelto en no supeditar su régimen nacional frente a ningún poder extranjero?

En el caso de *AVIANCA* no tuvieron que contestar estas preguntas, porque se resolvió todo sin involucrar a los tribunales de ningún otro país; no había conflicto de leyes. En la gran mayoría de insolvencias internacionales los conflictos se presentan inevitables y numerosos; hay que manejarlos. Hay fuentes internacionales que proponen cómo hacerlo.

11.2. LAS FUENTES INTERNACIONALES: REGLAMENTOS, LEYES MODELOS Y PAUTAS

Todos los intentos de redactar un régimen internacional sobre las insolvencias contemplan los conflictos latentes en tales procedimientos. El tema se ha tratado mucho en los últimos veinticinco años. La UNCITRAL, foro activo desde hace mucho tiempo en la redacción de leyes modelos mercantiles, tomó la insolvencia internacional como objeto de una Ley Modelo, pero paralelamente con otros foros donde hicieron fuentes de otras formas. En el sector privado un sub-comité de la Asociación de la Barra Internacional redactó un Concordato. Seguido a esos, los organismos regionales de la Unión Europea y del TLCAN, o NAFTA, [bajo los auspicios del *American Law Institute* (ALI)] y, más recientemente, el Instituto Internacional de la Insolvencia (III) en colaboración con el ALI han producido un Reglamento (de la UE) y Principios de Cooperación (del TLCAN/ALI y del III/ALI, con proyección mundial) sobre insolvencias en sus respectivas regiones.

Producto de estas inquietudes mantenidas tras décadas, han salido a la vista cinco fuentes posibles de normas sobre la insolvencia internacional. Son, en orden cronológico, el Concordato sobre la Insolvencia Transfronteriza, de la Sección sobre Derecho de Negocios del Comité J de la *International Bar Association* (1995)⁸⁴; la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza de la UNCITRAL (1997)⁸⁵; el Reglamento sobre los Procedimientos de la Insolvencia, de la Unión Europea (2000)⁸⁶; el proyecto sobre la Insolvencia Transnacional: Cooperación y Principios de Cooperación entre los Países del TLCAN, redactado bajo los auspicios del ALI con participación mexicana y canadiense (2003)⁸⁷, y los *Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases* (Principios para la Cooperación

84. *International Bar Association, Committee J Cross-Border Insolvency Concordat*, 17 de septiembre de 1995 (en adelante, "Concordato").

85. Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza, del 30 de mayo de 1997 (en adelante, "Ley Modelo").

86. Convenio de la Unión Europea sobre los Procedimientos de Insolvencia, 2000 O.J. (L160) 1 (en adelante, "Reglamento"). Entró en vigor el 31 de mayo de 2002.

87. American Law Institute, *Transnational Insolvency: Cooperation Among the NAFTA Countries: Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries*, 2003 (en adelante, "Principios ALI/TLCAN").

Global en Casos de Insolvencia Internacional) bajo los auspicios del III y el ALI (2012)⁸⁸. Actualmente, han propuesto modificar el Reglamento Europeo, en 2012⁸⁹.

Estas diversas fuentes tienen aplicaciones distintas, síntoma de la dificultad en legislar sobre el tema. El Concordato y los Principios ponen pautas, sin pretensiones de obligatoriedad. Son consejos, basados en los usos y costumbres detectados por juristas experimentados a nivel global, que podrían orientar las prácticas y los criterios de los sectores más afectados. El Reglamento, conocido como 1346/2000, entró en vigencia en la UE en 2002, pero no tiene aplicación fuera de la Unión y, como vemos, ofrece unas normas que tampoco imponen mucha obligación a los miembros de la UE. La Ley Modelo se ha incorporado en las leyes de México, EEUU y Canadá, entre otros países, pero como en el caso del Reglamento, no trae mucha obligación nueva a los sistemas nacionales que la adopten. Entonces las únicas normas con proyección internacional y aplicación obligatoria, al menos en los países que las han adoptado para el régimen nacional, son la Ley Modelo y el Reglamento Europeo, leyes que no exigen mucho cambio en las normas nacionales de los sistemas que las reciben.

11.3. EL PROBLEMA DE LA INSOLVENCIA INTERNACIONAL EN TÉRMINOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: ¿CUÁL ES EL ENFOQUE INDICADO?

Cuando una empresa con operaciones, bienes, obligaciones, derechos e intereses en varios países, decide declararse insolvente, un suceso relativamente raro pero predecible dentro de los altos y bajos de las actividades económicas en todas las épocas, trae problemas de DIPr –en específico, conflictos de leyes– una consecuencia no muy grata para los tribunales de muchos países. Normalmente, a los tribunales nacionales no les tocan muchas insolvencias, sin hablar de insolvencias internacionales. No forman parte del tránsito judicial cotidiano, y en absoluto bienvenidas por complejas en número de partes y cuestiones de derecho. Cuando a eso se suma el aspecto internacional, el tribunal típico en todas las partes del mundo prefiere no entrar en el caso. Las leyes de insolvencia en la mayoría de países no benefician ni a deudores ni a acreedores, y suelen los insolventes desaparecer sin someterse a procedimiento judicial alguno. Aunque ésta es la realidad en muchas partes del mundo, no necesariamente es lo más recomendable. Merma el régimen de derecho. Aumenta el precio del

88. Véase <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/viewdownload/36/5897.html>. (en adelante “Principios III/ALI”).

89. Véase [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2012\)0744_/com_com\(2012\)0744_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2012)0744_/com_com(2012)0744_es.pdf) (en adelante “Propuesta”).

crédito a la vez con disminuir su oferta. Permite injusticias financieras individuales entre sus costos socio-económicos. Mientras en muchos países los casos de insolvencia casi no existen, en otros representan una buena parte del oficio judicial. En los EEUU se inician anualmente más de 200,000 casos de empresas insolventes⁹⁰, y en Europa otros 200,000 inclusive una serie de juicios que han sido noticia por sus efectos internacionales.

11.4. LOS DOS MODELOS DE LEYES NACIONALES SOBRE LA INSOLVENCIA Y LAS DIVERSAS LEYES NACIONALES SOBRE MATERIAS RELACIONADAS: FUENTE DE CONFLICTOS

Se explica la diferencia en la incidencia de la insolvencia ante los tribunales nacionales por los dos modelos de leyes sobre el tema que predominan en el mundo de hoy. Primero, lo que podemos calificar de moderno procura la rehabilitación del deudor honrado, presunta víctima de sucesos económicos fuera de su control, con la finalidad de mantenerse como participante en la economía. Aunque la gran mayoría de los casos terminan en la liquidación del activo del deudor y su distribución entre los acreedores, en el caso de personas naturales normalmente respetan un patrimonio intocable⁹¹ y deja al deudor en condiciones de comenzar de nuevo libre de deudas. En caso de la persona jurídica, desaparece después de rendir todos sus bienes y derechos a beneficio de los acreedores. Sus accionistas entonces pueden volver al negocio con una nueva persona jurídica⁹².

Las leyes modernas también admiten una alternativa a la liquidación: la posibilidad de reestructurar las deudas y seguir adelante en una reorganización. Por cierto, es muy bajo el porcentaje de las reorganizaciones –cuyo modelo que mejor conozco es el Capítulo 11 del Código de Quiebras estadounidense– que resultan en la continuación de una empresa viable. Fluctúa pero solo alrededor de 5% de las empresas postulantes logran reorganizarse, con el resto consignado a una liquidación total. La incidencia de reorganizaciones exitosas aumenta mientras más valor esté en juego. Hay miles de pequeñas y medianas empresas (PyMEs) que caen de la reorganización a la liquidación. Suelen no contar con los recursos suficientes para ordenar sus asuntos y poner a todos sus acreedores de acuerdo. Una

90. La décima parte del total de alrededor de unos dos millones de casos de quiebra cada año.

91. El valor de los bienes exentos de ejecución puede ser apreciable. Por ejemplo, en el sistema estadounidense se permite al deudor quedarse con su residencia, salvo contra el reclamo del acreedor que tenga una hipoteca. El valor exento se fija por cada Estado. En algunos casos –p.ej., Florida y Texas– el valor no tiene límite, mientras la vivienda se encuentra en un terreno limitado a media hectárea.

92. Se suele decir que entre los ingredientes de la receta del éxito en los negocios está haber quebrado alguna que otra vez.

sola empresa grande agrega el valor total y el número de empleados de muchas PyMEs. Las empresas grandes tienen la ventaja de más recursos y mejores abogados. Hasta los mismos jueces, conscientes de los intereses en juego en la reorganización, se esfuerzan con el procedimiento para que salga a flote la industria grande.

La ley tradicional de insolvencia, por otro lado, inculpa al deudor y presume la presencia de conducta sospechosa en el caso de la insolvencia⁹³. Busca descubrir el fraude u otra mala conducta económica y sancionarla. Descarta las posibilidades de mantener viable al insolvente por una reorganización. Ignora las posibilidades de salvar el empleo a mucha gente y la posibilidad de pagar más a los acreedores. Rechaza el valor reivindicatorio de los relativamente pocos negocios rescatables de la insolvencia.

Entre las leyes tradicionales y las leyes modernas de insolvencia, hay muchas leyes intermedias que han pasado de disposiciones que castigan al insolvente pero que no han llegado a las disposiciones que más apoyan y cuidan al deudor y a las otras partes con todas las medidas desarrolladas en la práctica moderna. En general, después de siglos sin mucho movimiento, las leyes de Insolvencia y las leyes relacionadas a la insolvencia –p.ej., las leyes sobre las garantías mobiliarias– se están modificando. La actividad de la UNCITRAL en este campo señala el estado actual mundial del Derecho de Insolvencia. Después de muchos años de deliberación, la Comisión pudo sacar una Guía Legislativa sobre el Derecho de Insolvencia⁹⁴, pero no una ley modelo. No hubo consenso en el foro. Tuvo que recurrir a la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza, aceptando la diversidad de leyes nacionales en la materia. De igual suerte terminaron los esfuerzos de la UNCITRAL con el proyecto de una ley modelo sobre las garantías mobiliarias. En ausencia del consenso, logró sacar una Guía Legislativa, mas no una ley.

Los resultados de los debates en la UNCITRAL dan una visión del problema de los conflictos de leyes que plagan las insolvencias internacionales. Ni entre las regiones más integradas como la UE y el TLCAN existe una armonización muy avanzada⁹⁵. Mientras no existe jerarquía única de prioridades entre acreedores, no existe garantía sino un caos de reclamos, una cacofonía sin tono ni voz principal. Esta situación existe en muchos países en la insolvencia. La armonización mundial de estas leyes podría ordenar la jerarquía de

93. En este caso el contenido de la ley conserva el sentido original del procedimiento de “bancarrota”, en que los comerciantes insolventes desafortunados de las ferias medievales sufrían la pérdida completa de sus negocios cuando les quitaban todos sus bienes y rompían “su banca”, dejándoles sin posibilidades de seguir en el comercio.

94. https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf.

95. Quizás presenta una excepción el caso Canadá-EEUU, donde hay un grado muy alto de armonización.

prioridades a niveles nacionales, y terminaría con los conflictos de leyes en las insolvencias internacionales, pero no se producirá en el futuro cercano.

12. EL MANEJO DEL PROBLEMA FRENTE A LAS ESTRUCTURAS QUE DAN LUGAR A LOS CONFLICTOS EN LAS INSOLVENCIAS INTERNACIONALES

El conflicto fundamental en las insolvencias internacionales, prueba contra todo los esfuerzos de romperlo, se encuentra en la organización del mundo en países soberanos y la insistencia de esos países en sus propias culturas, criterios y leyes en casos que amenazan con imponer una soberanía ajena. Típicamente, las insolvencias se tratan de bienes, empleados y operaciones dentro del territorio nacional. La actitud invariable del país soberano es que dentro del territorio nacional las leyes que se aplican son sus leyes nacionales⁹⁶, y no las leyes de ningún otro soberano. Rige en el territorio nacional la voluntad nacional. El problema de las insolvencias internacionales se reduce a: ¿cómo manejar los conflictos de leyes, a sabiendas que no hay reconciliación entre las distintas normas nacionales? En el hecho y en la práctica, una vez abandonada la ilusión de poder efectuar tal reconciliación, el problema se vuelve más manejable.

12.1. PRIMERA INICIATIVA PARA CONTROLAR LOS CONFLICTOS CAUSADOS POR LA ESTRUCTURA DE LA SOBERANÍA TERRITORIAL: EL UNIVERSALISMO

La idea básica de la insolvencia es reunir toda una gama de partes, intereses y derechos en un solo procedimiento judicial y hacerles cuentas de una sola vez, porque el deudor que se encuentra en el centro del procedimiento no está en condiciones de seguir adelante con su vida económica. Quebró en nombre de la “economía procesal”⁹⁷, no debe escapar al proceso ningún asunto del activo o del pasivo del deudor. La aplicación de este concepto a las insolvencias internacionales conducía a la posibilidad de un régimen normativo universal, pero se frustraron todos los intentos de sacar una regla común para el mundo o para unas regiones.

En ausencia de reglas sustantivas universales, existe otro camino a la economía procesal. Podría todavía procurarse un procedimiento uni-

96. En este sentido, los países podrían ratificar normas internacionales, y así convertirlas en normas nacionales.

97. L. PEREZNIETO, *Derecho internacional privado. Parte general*, 7ª ed., 1998, p. 194, menciona la “protección al deudor al centralizar todas las acciones [y también] a los acreedores ya que tendrán la oportunidad de conocer la existencia de otros acreedores, la naturaleza de las reclamaciones y la procedencia de éstas”.

versal, si un solo tribunal se hace cargo del asunto y resuelve todo, imponiendo el régimen nacional que rige en su jurisdicción y emitiendo una sola sentencia con efectos globales. En la teoría pura, solo tiene que fijar un nexo suficientemente definitivo para ese tribunal único, y los tribunales de otros países lo tendrían que respetar.

12.1.1. El intento de determinar el tribunal con competencia universal por el centro de intereses principales del deudor

¿Cómo determinar el tribunal nacional que debe tener competencia universal y ordenar efectos globales? Según la Ley Modelo de 1997 de la UNCITRAL⁹⁸, se busca el centro de intereses principales del deudor (CPID), esto es, del “Estado donde el comerciante tenga el centro de sus principales intereses”⁹⁹. Se presume que el domicilio será el CPID, pero se admiten pruebas en contra¹⁰⁰. Una vez sentado el procedimiento principal, se abren procedimientos no-principales en otros países que servirán de apoyo a aquel, cooperando en la aplicación de sus reglas y disposiciones a las obligaciones, a los derechos, a los bienes y a las partes que se encuentran dentro de sus respectivas jurisdicciones para efectuar las disposiciones de la ley del tribunal principal. Viene a ser el compromiso de los tribunales supletorios de ejecutar las órdenes judiciales emitidas del tribunal principal, cuando éste carece de jurisdicción efectiva, creando una cooperación global en la aplicación de la regla única del procedimiento principal.

Las cortes supletorias hacen el defecto fatal en el sistema universal. Desde luego, una competencia “universal” no tiene poder de mando judicial más que en el país donde está la corte “principal” que aceptó la insolvencia. Esta se relega a confiar en los tribunales en otros países para acatar y ejecutar sus órdenes. Pero los tribunales supletorios tienen o muy poco o ningún incentivo para cooperar en la aplicación de leyes extranjeras a los bienes, personas y asuntos internos bajo su control jurisdiccional. Cuando la ley extranjera contradice la ley nacional, y carece de autoridad ante el tribunal nacional, el tribunal nacional no hará caso al extranjero.

98. Arts. 279 (II) y 296, 2 (I) LCM. El CdQ no cambió su expresión tradicional de la competencia cuando promulgó la Ley Modelo, y dispone que “*solo una persona quien resida o tenga su domicilio, su lugar de negocios, o bienes en los Estados Unidos podría hacerse deudor bajo esta ley*”: art. 109 (a) CdQ. Designa para abrir la insolvencia al tribunal “donde se encuentra el domicilio, residencia, lugar principal de negocios en los Estados Unidos, o bienes principales en los Estados Unidos”, 28 §1408 (1) U.S.C.

99. Siguiendo la Ley Modelo, art. 16 (3). El término también se utiliza en el Reglamento de la Unión Europea sobre los Procedimientos de Insolvencia, 2000 DO L160, 1. Entró en vigor el 31 de mayo de 2002. El mismo término aparece en los Principios ALI/TLCAN.

100. Art. 295, 3 LCM.

12.1.2. La imposibilidad de una competencia universal en las insolvencias internacionales

La lógica y la atracción de la teoría universalista son obvias, pero no tiene posibilidades frente a la realidad soberana. Tendría que haberse quedado completamente incomunicado durante más de 25 años para ignorar esa realidad. Si se dan cuenta de los sucesos en el campo durante ese tiempo, tendría que descartar el segundo de los principios para conflictos: identificar las estructuras y culturas cuyos choques causan los conflictos. Son obvios e insuperables.

Desde el principio, las fuentes que propusieron el factor determinante del CPID mitigaron el universalismo con reservas. Por tomar un ejemplo cercano, la Ley de Concursos Mercantiles mexicana incorporó la Ley Modelo sobre las Insolvencias Transfronterizas de la UNICTRAL y muestra claramente las reservas que quitan vida al universalismo. En su artículo 283 –en el Título XII sobre la cooperación en los procedimientos internacionales– dice, *“Nada de lo dispuesto en este Título podrá interpretarse en un sentido que sea contrario a lo dispuesto [en el resto] de esta Ley, o de cualquier manera que sea contraria a los principios fundamentales de derecho imperantes en la República Mexicana”*. Es más, no importa la procedencia; para su reconocimiento en México, el procedimiento principal debe observar la visita de verificación y formular la sentencia de concurso mercantil conforme a los requisitos de la ley mexicana, y no a los requisitos del Estado de origen¹⁰¹.

La Ley Modelo UNCITRAL, por todas las razones soberanas detalladas arriba y reflejados en el consenso del foro, no pudo elegir categóricamente la doctrina universalista. Tuvo que permitir la norma mexicana y semejante en otros países. Bajo su artículo 20, incisos (2) y (4), la Ley Modelo invitó a un país a crear excepciones en el momento de adoptarla, e indicar que las pretensiones universalistas de la Ley Modelo *“estarán supeditadas”* a *“toda norma de Derecho interno relativa a la insolvencia”*. Si el país adoptivo impone criterios territorialistas, insistiendo en sus propias leyes de insolvencia por encima de la ley de competencia principal, reduce la Ley Modelo a un reglamento de cooperación judicial, que no se atreve a buscar un esquema universal para una insolvencia transfronteriza. Entonces, depende del legislador de cada país si la Ley Modelo introduce criterios universalistas o territorialistas. Las posibilidades de que predominen criterios universalistas son muy escasas.

En la región del TLCAN, las normas de Derecho interno relativas a la insolvencia no discrepan tanto, debido a dos décadas dedicadas a la armonización. Las excepciones que pusieron los tres países partes al TLCAN

101. Art. 293 LCM.

no introdujeron muchos conflictos regionales de leyes, porque no había muchas discrepancias entre los tres sistemas de insolvencias y la armonización sigue en marcha. No obstante, esas mismas excepciones defienden las leyes nacionales de sistemas fuera de la región, que no comparten el mismo grado de armonización. Allí, pueden proliferar los conflictos de leyes. Se solucionan esos conflictos por aplicar la ley nacional, la *lex sitae*, un resultado bendecido por la doctrina del Derecho Internacional Privado.

12.2. UNA POLÍTICA FACTIBLE Y SOSTENIBLE: EL TERRITORIALISMO COORDINADO Y COOPERADO

¿Si no es factible un procedimiento universal en las insolvencias internacionales, por los conflictos entre estructuras jurídicas nacionales, entonces como las vamos a manejar? De los intentos frustrados para llegar a un régimen universal se desarrollaron pautas factibles y pacíficas, que si bien no son perfectas en su eficiencia en resolver las insolvencias internacionales, se ajustan a las diferentes realidades. Abren la posibilidad de llegar a resoluciones globales dentro de las realidades, mientras se respetan los imperativos nacionales inamovibles. En vez del universalismo, se adopta el territorialismo, pero un territorialismo administrado por la cooperación judicial universal. En vez de un solo tribunal, la insolvencia involucra al número de tribunales nacionales que corresponde al número de intereses nacionales implicados. Admite la posibilidad de un tribunal principal, o rector, encargado de la administración internacional del caso, comunicándose con los otros tribunales y coordinando los intereses en juego para llegar a una resolución –cuando no una sentencia– en común.

Fiel a las reglas tradicionales del DIPr, el territorialismo respetaría la jurisdicción territorial definida por las fronteras nacionales y aplicaría las leyes nacionales del lugar de los bienes, derechos u obligaciones en juego. Así que en la visión territorialista, bienes situados en Francia –aunque se encuentre el insolvente domiciliado y con su centro de principales intereses en Italia, donde inició su proceso de insolvencia– se someterán a un procedimiento netamente francés, en cuanto a la norma aplicable y el tribunal competente. Toda cuestión acerca de los bienes del insolvente en otra jurisdicción soberana –España o Alemania, supongamos– se resuelven según las leyes y ante los tribunales de España y de Alemania.

Los que apoyan el territorialismo encuentran en ello la aplicación de principios claros, establecidos y probados durante siglos en el DIPr; un método de resolución que evita retos a la soberanía; un método que respeta las expectativas de las partes que acordaron su asunto fijándose en la ley local; un método que deja al poder judicial local aplicar su propio derecho, cómodo y conocido; y, al fin y al cabo, un método que permite a las partes

identificar anticipada y acertadamente el Derecho nacional aplicable a cualquier bien de la masa internacional, sin importar dónde se desarrolla el procedimiento de insolvencia.

12.3. LA DISTINCIÓN ENTRE LA COMPETENCIA Y LA JURISDICCIÓN Y CÓMO FUNCIONAN EN LAS INSOLVENCIAS INTERNACIONALES: EL EJE DEL TERRITORIALISMO

En este contexto cobra fuerza la distinción entre la competencia y la jurisdicción. Muchos juristas dirían que no hay distinción entre dos términos sinónimos. No obstante, en el contexto de la insolvencia internacional salen unas diferencias conceptuales que podrían subrayar el fenómeno y el intercambio entre tribunales nacionales. En términos fundamentales, quisiera plantear que con la competencia se abre la puerta judicial al inicio de la insolvencia internacional y justifica el caso ante un tribunal principal. Por la naturaleza internacional del procedimiento, sin embargo, se presentarán muchos asuntos con base en el extranjero. Mientras el tribunal principal sea competente para considerarlos, en el contexto total de la insolvencia, no tiene jurisdicción para ejecutar ninguna resolución sobre ellos. Dependerá del tribunal del sitio, que tiene jurisdicción –en el sentido de poder de ejecución– para el asunto específico. A la corte extranjera supletoria le falta una visión completa de la insolvencia con todas sus facetas y consideraciones. Esto podría corresponder al tribunal competente, tomando el cargo de tribunal rector, con responsabilidad de coordinar el total del caso.

La competencia definida en la LCM mexicana¹⁰² es típica para una ley de insolvencia: corresponde al “Juez de Distrito con jurisdicción en el lugar en donde el [insolvente] tenga su domicilio”¹⁰³. O sea, indica dónde debe de iniciar el proceso judicial. Si un mexicano con domicilio en el DF se presenta en Roma con una demanda de insolvencia, no se sorprende si la corte italiana lo rechaza por inadmisibile. Pero tampoco sorprende que iniciada

102. En el CdQ estadounidense, §109, las bases de la competencia son más expansivas, y cualquier persona “quien resida o tenga un domicilio, un lugar de negocios, o propiedad en los Estados Unidos... podría hacerse un deudor” ante los tribunales de quiebras federales. En otra sección, del Título 28 del *United States Code*, dispone, 28 U.S.C. §1408, que un proceso de insolvencia debe de iniciarse ante el tribunal federal en el Distrito “donde el domicilio, residencia, lugar de negocios en los Estados Unidos, o los bienes principales en los Estados Unidos, de la persona natural o jurídica objeto de tal caso se habían ubicado en los 180 días inmediatamente anteriores al caso”, o la mayoría de estos 180 días. Iguales en las dos leyes nacionales, porque vienen como parte de la Ley Modelo de Insolvencias Internacionales, promulgada en México y en los EEUU.

103. Art. 17 LCM.

la insolvencia del mismo deudor ante el tribunal de su domicilio en el DF, traiga en la masa unos bienes en Italia. Por su naturaleza, la insolvencia internacional trata de un deudor con domicilio en un país, mientras cuenta con intereses y bienes en otros. Idealmente, habrá un tribunal principal, cuya competencia arrastre dentro de su órbita todo el asunto, y después varios tribunales secundarios, o supletorios.

Los tribunales secundarios, por razones de la insolvencia instituida en otro país, cuentan con competencias limitadas a sus poderes jurisdiccionales sobre personas o bienes, no sobre la insolvencia en sí. Las leyes nacionales empiezan con esta orientación, reclamando una competencia global sobre la insolvencia total ante sus tribunales, hasta los límites de la masa y asuntos relacionados. En el momento de pasar la frontera nacional, sin embargo, estará sin poderes ni defensas. El procedimiento principal llegará a los países secundarios en la persona de su representante, quien “estará legitimado para comparecer directamente ante el juez en los procedimientos que regula esta ley”¹⁰⁴. Comparecerá rogando, no mandando. Vendrá en plan de cooperación, no de prepotente; buscando un acuerdo mutuo si fuera posible, pero preparado para rendirse si el conflicto no tiene salida. En casa ajena, hay que conformarse a las reglas de la casa.

La competencia supletoria no deriva ni coincide con la competencia ancha e inclusive de donde comenzó el caso original de insolvencia. La competencia supletoria del tribunal secundario se define por el asunto singular, parte de la insolvencia, que cae dentro de su jurisdicción y poder. La competencia del caso principal abarca todo aspecto implicado en la insolvencia, mientras la competencia de los tribunales secundarios debe de fijarse en los objetos dentro de su poder local. El proceso principal se hace cargo de todo; la insolvencia es un proceso de por sí integral. Los procesos secundarios se limitan a los asuntos dentro de su poder ejecutorio, con la función –mientras no la obligación¹⁰⁵– de recibir las comunicaciones del tribunal principal, someterlas a criterios locales y devolver un informe sobre las acciones realizadas.

Tales verdades encomiendan la cooperación judicial como la medida indicada para lograr una resolución que reconcilia los intereses en conflicto a la vez de servir a los propósitos de la insolvencia, dentro de las

104. Art. 286 LCM. El CdQ, §1512, también producto de la adopción de la Ley Modelo de la UNCITRAL (art. 12), dice la misma cosa. *Vid.* también art. 279 LCM, CdQ §1505 y el art. 5 Ley Modelo, que tratan del nombramiento del representante para procesos extranjeros, en vez de la recepción del representante procedente del extranjero.

105. La Ley Modelo pone una excepción por el orden público en todo caso (art. 6). *Vid.* CdQ §1506, y art. 280 LCM.

posibilidades disponibles en el régimen vigente donde actúa el tribunal supletorio. O sea, según el tercer principio, una resolución pacífica del conflicto, pues no existe otra.

12.4. EL TERRITORIALISMO LIMITA LOS INCENTIVOS DEL *FÓRUM SHOPPING*, O EL “IRSE DE COMPRAS” PARA ENCONTRAR EL TRIBUNAL QUE MÁS LE FAVORECE EN SU INSOLVENCIA

Hay insolventes internacionales conscientes de estas circunstancias, y a la vez conscientes de que ciertas competencias nacionales les son más propicias que otras. Siendo internacionales en sus actividades, les abre la posibilidad de escoger donde mejor les conviene iniciar la insolvencia. Debido a eso, se han presentado una serie de casos de *forum shopping*¹⁰⁶ en que el insolvente que contempla plantear un proceso de insolvencia procura establecer su domicilio o centro de principales intereses en el lugar cuya legislación más le favorece. Como explicamos aquí, sin embargo, no escapará a las consecuencias de su situación internacional, y a los conflictos de garantías constitucionales, leyes, costumbres, políticas, y soberanías que implican.

13. UN REGLAMENTO QUE DEMUESTRA LA FACTIBILIDAD DEL TERRITORIALISMO

Hasta ahora, los principios del Dr. GRASA HERNÁNDEZ para conflictos violentos nos han servido bien para enfocar y analizar las insolvencias internacionales. Se han identificado las estructuras que causan los conflictos (las diferencias en leyes nacionales sobre las insolvencias y materias implicadas), y se ha recurrido a medidas pacíficas para resolverlos (la cooperación judicial iniciada desde un tribunal rector), para manejar el problema (sin ilusiones de quitar los conflictos de leyes). El cuarto principio se aplica en excepción a la expresión en el contexto de los conflictos violentos, porque aquí los conflictos no son violentos sino dentro de un régimen de Derecho. Existe en este campo la posibilidad de negociaciones preventivas, como en el caso *AVIANCA*, a contrario de los conflictos violentos.

Espero a estas alturas haber establecido que es menester derivar un sistema que ponga las cuestiones jurisdiccionales al servicio de la competencia, si quieren una competencia única y factible, o un rector, en sus

106. *Vid.* p.ej., las insolvencias abiertas ante tribunales ingleses por empresas que buscan ampararse en los arts. 895-901 de la *Companies Act* (2006); p.ej., *Rodenstock* (2011) EWHC 1104 y *Tele Columbus* (2010) EWHC 1944.

efectos. El rector no pretende mandar, sino administrar y coordinar. Es el único manejo factible del problema.

Se ha comprobado el fracaso de otros métodos. Si se admite la posibilidad de múltiples competencias –o sea, varios procesos de insolvencia simultáneos– aun cuando una sea original y varias secundarias, entonces las cuestiones jurisdiccionales se simplifican en el grado que los conflictos aumentan. Si se opta por una competencia principal, cuya ley de insolvencia debe de aplicarse en todas las jurisdicciones implicadas, en teoría se acaba con todo conflicto de leyes, pero la soberanía no se rinde a tal grado. La cooperación ofrece la única forma de superar el dilema, de manejar el problema, en el dicho del primer principio. En ausencia de la armonización de leyes, se podría contar con la armonización de procedimientos y propósitos, y promover la cooperación judicial con bases en la comunicación y la coordinación.

13.1. PERSPECTIVAS EUROPEAS HECHAS GLOBALES: PAUTAS UNIVERSALISTAS TERRITORIALES EN EL CAMINO HACIA LA COOPERACIÓN Y LA COORDINACIÓN ENTRE TRIBUNALES NACIONALES ANTE UNA INSOLVENCIA INTERNACIONAL

Desafortunadamente, el método factible para las insolvencias internacionales es un método escueto, flexible y ambiguo. Consiste en pautas y no en normas concretas; en principios y no en detalles. Afortunadamente, la necesidad es la madre de la invención; el derecho encontrará los caminos lisos y rectos para los fletes cotidianos. En nuestros días, parece que el camino de la cooperación y la comunicación ha encontrado forma de coordinar las diversidades en regímenes nacionales y de hacerlos coherentes en las insolvencias internacionales. El consenso ya no pelea con el problema de la diversidad en leyes nacionales. Se dedica a manejarlo.

Algo parecido al crecimiento en los EEUU de un poder judicial especializado y sabio en las quiebras, la práctica europea promete el mismo efecto. Con tener que reiterarse en el manejo del fenómeno, sobre todo en una región con criterio de integración, se encuentra la maña. Últimamente, ha vivido tiempos de apuro económico, con su cosecha aumentada de insolvencias. Triste en términos humanos, capacita al poder judicial en el manejo del problema, ganando antecedentes invaluable para la práctica futura.

El Reglamento Europeo ratificado en mayo de 2000 –el 1346/2000– es la fuente más instructiva sobre insolvencias internacionales, sobre todo por haberse madurado y refinado en sus doce años¹⁰⁷ de aplicación como

107. Entró en vigencia en 2002.

fuentes oficiales dentro de una región cohesiva. Deja una jurisprudencia creciente, mina de pepitas preciosas en orientación sobre la materia. Además, da lugar a prácticas ingeniosas y saludables por la iniciativa de una abogacía concentrada en una materia de alta importancia económica. Sus antecedentes se han llevado a nivel mundial por el Instituto Internacional de Insolvencias y el proyecto conjunto con el *American Law Institute* de proponer los *Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases*¹⁰⁸ (Principios Globales para Cooperación en Casos de Insolvencia Internacional) (“Principios Globales”, de aquí en adelante), cuyos dos *Rapporteurs* son europeos, Ian Fletcher de Inglaterra y Bob Wessels de Holanda.

El Reglamento tiene aspectos frustrantemente ambiguos, igual que la Ley Modelo, pero las ambigüedades se han precisado por la jurisprudencia y la práctica, exponiendo los puntos débiles en el sistema y adoptando medidas para subsanarlos. Funciona dentro de la Unión Europea, comprometiendo a sus Estados Miembros, sin pensar en regir sobre procedimientos fuera de la Unión¹⁰⁹. Pero en la realidad, tiene mucha influencia mundial, concretamente en el III que lleva su punto de vista al otro lado del Atlántico. En este sentido, tiene mayor impacto que los Principios del ALI/TLCAN, aun cuando muchos de los participantes en el proyecto de los Principios ALI/TLCAN (2003) participaron en el proyecto de los Principios Globales III/ALI (2012). A fin de cuentas, los Principios Globales combinan lo mejor de una fuente oficial –el Reglamento– con lo mejor de un juego de pautas informales –los Principios ALI/TLCAN– que funcionan dentro de un sistema informal conseguido por la aceptación general del espíritu de cooperación.

13.2. DESARROLLANDO LA PRÁCTICA DE LA COMPETENCIA PRINCIPAL EN UN TRIBUNAL RECTOR

Destaca el ejemplo del concepto de la competencia para iniciar el procedimiento de la insolvencia. Dentro de los países miembros, el Reglamento insiste que el procedimiento principal se debe llevar a cabo en el Estado donde está el centro de principales intereses del deudor (CPID)¹¹⁰. El Reglamento define el “centro de principales intereses” de una “compañía o persona jurídica” como “el lugar de la oficina registrada”, una presunción que funcionará “en ausencia de pruebas al contrario”¹¹¹. En su

108. <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/36/5897.html>.

109. Párrafos 5, 8 y 14 Preámbulo y arts. 3-16 Reglamento.

110. Párrafos 14-21 Preámbulo y arts. 3 (1)-16 Reglamento.

111. Art. 3 (1) Reg. No definió el centro de principales intereses para una persona natural; suponía que el domicilio y/o residencia determina la competencia de un procedimiento de insolvencia, pero el Reglamento no lo trataba.

Preámbulo, el Reglamento expresa que “el centro de principales intereses debe corresponder al lugar donde el deudor conduce la administración de sus intereses en forma regular y de tal modo sea posible cerciorarse por terceras partes”¹¹².

Las experiencias de más de una década han posibilitado la clarificación del concepto y del ejercicio de la competencia¹¹³. De entrada, probó la virtud de llevar el lenguaje del Preámbulo al texto del Reglamento como la prueba del CPID¹¹⁴. De allí agregaron las modificaciones que el tribunal debe examinar *ex officio* si tiene la competencia correspondiente y fundar y motivar su determinación¹¹⁵; que debe especificar si es un procedimiento principal o secundario¹¹⁶; y que debe contemplar el CPID de personas naturales, diferenciando entre comerciantes y laicos¹¹⁷. Las modificaciones procuraron proveer una notificación efectiva a los acreedores extranjeros¹¹⁸, que les permite objetar la apertura¹¹⁹. Además, admite la posibilidad de tratar en la insolvencia acciones derivadas¹²⁰ o relacionadas a ella¹²¹, nuevamente reivindicando la eficiencia procesal¹²². Incluye también en la insolvencia procedimientos con efecto de arreglar las deudas del insolvente sin quitarle control de la empresa ni llegar a la liquidación, reconociendo los llamados procedimientos “híbridos” o “pre-insolvencias”¹²³. Tampoco es necesario abrir una insolvencia secundaria –y a la cual quitaría también la necesidad de ser una

112. Párrafo 13 del Preámbulo. *Vid.* también el párrafo 12.

113. Propuesta, SWD (2012) 416 final, Considerando (4).

114. *Id.*, párrafo 11, agregando nuevo Considerando 13a al Preámbulo del Reglamento Reformado; Art. 3 (1). *Vid.* Asunto C-396/09, *Interedil*, 14 (2011), que adoptó ese lenguaje en la aplicación del CPID.

115. Propuesta, SWD (2012) 416 final, párrafo 9, agregando nuevo Considerando 12a; párrafo 3, agregando nuevo Art. 3b (1).

116. *Id.*, párrafo. 23, agregando nuevo Art. 3b (1), 3b (2).

117. *Id.*, párrafo 22, reformando Art. 3 (1).

118. *Id.*, Considerandos; párrafos 14-17, agregando nuevos considerandos; párrafo 30, reformando los arts. 21 y 22. *Vid.* también párrafo 29, agregando los arts. 20a-20d, estableciendo el sistema europeo de registro de insolvencias.

119. *Id.*, agregando Art. 3b (3).

120. *Id.*, agregando Art. 3a (1).

121. *Id.*, agregando Art. 3a (2).

122. *Id.*, agregando el art. 3a (3). El nuevo art. 3a codificaría el *Asunto* C-339/07 *Deko-Marty*, de 2009.

123. *Id.*, Considerando (3); párrafo 7, agregando nuevo Considerando 9a; párrafo 21, reformando Art. 1 (1). Según el Sumario Ejecutivo, SWD (2012) 417 final, párrafo 2.2.1, muchos de los Estados miembros reformaron sus leyes sobre la insolvencia en los últimos años, muchos desde la vigencia del Reglamento, y casi dos tercios (14 países) tienen procesos híbridos o pre-insolvencia que escapan su alcance.

liquidación¹²⁴— siempre y cuando no sea necesaria para proteger los intereses de los acreedores locales¹²⁵.

Este es un catálogo impresionante de experiencias importantes, convertidas en mejoras concretas en el Reglamento. En la UE han tomado nota y van perfeccionando el sistema en los detalles que lo definen y lo hacen funcionar. Demuestra el deseo activo de manejar el problema, consciente de sus defectos y vigilante para subsanarlos en las modificaciones al Reglamento mientras sale a la vista la manera de hacerlo. Hace el indicio de un sistema con ánimo.

13.3. EL MANEJO DEL PROBLEMA POR REGLAMENTO Y PRINCIPIOS GLOBALES: CONCRETANDO LA COOPERACIÓN PARA ESPECIFICAR LAS FORMAS Y LOS CANALES DE LA COMUNICACIÓN, HABILITANDO UNA COORDINACIÓN EFECTIVA EN EL TRIBUNAL RECTOR

Las modificaciones también abren y apoyan mucho la cooperación y la coordinación entre tribunales de distintos países, y entre liquidadores y tribunales, formalizando procedimientos y tratos derivados de las mejores prácticas observadas en la primera década del Reglamento¹²⁶. De nuevo, tiene el propósito de hacer del tribunal cuya competencia original se estableció por el CPID el tribunal principal para un procedimiento coherente. Han refinado mucho la práctica de la insolvencia a base del CPID.

Las modificaciones propuestas parecen plantear muchos cambios, todos respecto del CPID y la competencia del tribunal principal, pero en efecto no implica cambio de ninguna política básica puesta en el Reglamento 1346/2000. Solo hace caso a las lecciones aprendidas para perfeccionar su aplicación, sin cambiar su visión. La nota distintiva en el contexto europeo es contar con una aplicación común del concepto CPID en todas sus implicaciones, apoyado por la casación de la Corte Europea de Justicia. En los países miembros del TLCAN, puede haber aplicaciones distintas del mismo criterio sin foro común que las resuelva. Mientras en la UE el concepto camina hacia una aplicación cada vez más unificada y refinada, en el TLCAN las variaciones no tienen resolución. Las recomendaciones de modificaciones al Reglamento demuestran el fenómeno.

124. Propuesta, SWD (2012) 416 final, Considerando (5); párrafos 39-40, reformando los arts. 35 y 37.

125. *Id.*, Considerando (5); párrafo 34, Art. 29a; y párrafo 12, agregando los nuevos considerandos 19a y 19b.

126. *Id.*, Considerando (7); párrafo 13, reformando Considerando 20; y párrafo 14, agregando los nuevos considerandos 20a y 20b; párrafos 35-45, reformando los arts. 31, 33-35, 37, 39-41, y agregando los arts. 31a y 31b.

La esperanza mundial radica en el buen ejemplo del Reglamento y su reconocimiento en los Principios Globales III/ALI, un documento que imita mucho al Reglamento. Mientras el Reglamento funcione bien en la EU, como fuente oficial, sus reglas, políticas y buenas prácticas tendrán cada vez más aplicación en el resto del mundo a través de los Principios Globales III/ALI, y porque otros tribunales las puede aplicar *sui generis*.

13.4. LAS LEYES NACIONALES TOCANTES A LA INSOLVENCIA SIGUEN DIVERSAS EN LA UE, CON LA BENDICIÓN DEL REGLAMENTO

No quisiera decir que la perfección se ha alcanzado. En Europa, sigue la diversidad de leyes sobre la insolvencia¹²⁷, las garantías mobiliarias y otras implicadas. Y no han propuesto ninguna modificación al lenguaje original del artículo 28, con arreglo al cual, *“salvo disposición opuesta en este Reglamento, el Derecho aplicable a los procedimientos secundarios será el del Estado Miembro dentro de cuyos territorios se abren los procedimientos secundarios”*. El Reglamento no incluye muchas disposiciones sustantivas opuestas a la regla general, y la amplía con referencias específicas. Explícitamente, señala que la apertura de un procedimiento principal de insolvencia “no afectará” a los derechos creados bajo otras leyes, tales como: derechos reales (art. 5 Reg.), cesiones de derechos (art. 6 Reg.) y la retención de título (art. 7 Reg.). Explícitamente, señala que otros actos jurídicos “serán gobernados solamente” por la ley del Estado Miembro donde está ubicado el bien o interés objeto del acto: contratos relacionados a bienes inmuebles (art. 8 Reg.), sistemas de pago y mercados financieros (art. 9 Reg.), contratos de empleo (art. 10 Reg.), los efectos de derechos inscritos en un registro (art. 11 Reg.), actos en detrimento de los acreedores (art. 13 Reg.), la protección de terceras partes compradores (art. 14 Reg.) y los juicios pendientes en el momento de iniciar el procedimiento de insolvencia (art. 15 Reg.). En resumen, en el Preámbulo el Reglamento reconoció “el hecho que como resultado de leyes sustantivas ampliamente diferentes no es práctico introducir procedimientos de insolvencia de efectos universales en la [UE] entera” (Preámbulo Reg.). La Propuesta no contiene mayores modificaciones a esta serie de preferencias a la ley nacional del “Estado Miembro dentro de cuyos territorios se abren los procedimientos secundarios”¹²⁸.

127. Quizás la razón principal para no poder sacar una ley modelo sobre la insolvencia en la UNCITRAL, que tuvo que conformarse con una Guía Legislativa sobre la Insolvencia (2005). Disponible en https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf.

128. Proponen:

1. Cambiar “el cuerpo general de acreedores” por “todos los acreedores”, en Art. 4 (2)(m);

Es decir, el Reglamento defiende y seguirá defendiendo las leyes nacionales de sus Estados Miembros en caso de una insolvencia europea. Es decisivo en identificar el tribunal competente para el procedimiento principal, e insistir en su competencia principal exclusiva, pero también es claro en hacer de ese tribunal un administrador en amparo de intereses territoriales, por sus reglas sobre el derecho aplicable. El Reglamento ha dispuesto con mucho detalle las prohibiciones que cancelan cualquier pretensión del tribunal que inicia el procedimiento principal de imponer su propia ley como regla universal. Mientras el tribunal principal no tiene poderes universales de resolución, sus leyes no tienen tanta importancia. Pero, por lo visto, tampoco obstaculiza demasiado la resolución de insolvencias europeas la insistencia en las leyes nacionales por encima de la ley de donde se abrió la insolvencia inicial. El sistema aparentemente funciona con tanto éxito –o es tan discutido que no hay consenso– que la Propuesta dejó el Reglamento sin modificaciones sustantivas en esa índole.

13.5. PROCESOS REFINADOS DE COOPERACIÓN JUDICIAL

Entonces, globalmente la Propuesta de modificar el Reglamento fortalece el sistema de una competencia principal, respetuosa con las leyes nacionales de otros Estados Miembros implicados en la masa del insolvente. Sus efectos chocantes con el concepto de la insolvencia como un proceso unificado se han suavizado por las muchas modificaciones a favor de más cooperación y comunicación entre el tribunal principal y los tribunales secundarios, como entre el síndico, los tribunales y todos los otros participantes.

Quizás no sorprenda que la idea de mitigar la aplicación de diversas leyes conflictivas en una sola insolvencia por medio de la cooperación y la comunicación prevaleciera no solamente en la UE, sino también en los Principios Globales III/ALI. Declaran inicialmente su “objetivo primordial de mejorar la coordinación y la armonización de los procedimientos de la insolvencia [internacional] por comunicaciones entre las jurisdicciones involucradas”¹²⁹ y “no intentan interferir con el ejercicio independiente de jurisdicción

2. Agregar un nuevo Art. 6a, especificando la ley aplicable a los acuerdos *netting* como la ley del contrato que gobierna tales acuerdos;

3. Agregar un nuevo Art. 10a, refiriendo a contratos sobre bienes inmuebles (Art. 8) y de empleo (Art. 10) y permitiendo el tribunal principal terminar o modificar tales contratos cuando la ley del Estado Miembro requiere la aprobación del tribunal que abrió la insolvencia pero no hay procedimiento de insolvencia en ese Estado Miembro;

4. Agregar “procesos de arbitraje” entre los procesos pendientes cuando la insolvencia, en Art. 15.

129. Pauta 1.1 Principios Globales III/ALI.

por los tribunales nacionales¹³⁰. Los Principios Globales III/ALI también utilizan el CPID como la base de competencia principal, pero su Principio 13 incluye una definición más elaborada y acertada del concepto¹³¹. Los Principios Globales III/ALI cuidan de no presumir en contra de la ley nacional de donde están ubicados bienes y operaciones del insolvente¹³².

En definitiva, los Principios Globales III/ALI se mantienen fieles a los métodos y políticas establecidos por el Reglamento y la Propuesta de modificaciones. Son más flexibles, en la medida en que permiten las comunicaciones entre tribunales¹³³, y más cuidadosos al detallar los propósitos generales de la insolvencia¹³⁴, pero los Principios Globales III/ALI llevan los criterios europeos al nivel mundial. Lo que han logrado y lo que lograrán es una especie de universalismo modificado, en palabras de Jay WESTBROOK, *“un término que empieza con el ideal del universalismo –administración mundial de una insolvencia multinacional por un solo tribunal o autoridad– y después lo modifica en su aplicación para reflejar el desarrollo pragmático de la cooperación y su experiencia aumentada sobre el tiempo”*¹³⁵.

14. PENSAMIENTO FINAL

En teoría, es más eficiente aplicar una sola ley sustantiva a una insolvencia transfronteriza, por lo que en principio debería favorecerse el universalismo en la insolvencia internacional. Pero existen muchas razones prácticas en contra de la aplicación de una sola ley, obstáculos insuperables. Los intereses locales –desde el orden público y las garantías constitucionales hasta las prácticas mercantiles y las situaciones económicas– se oponen, para rechazar un procedimiento extranjero, si éste insiste e intenta imponerse. Afortunadamente, no tenemos que escoger. El Reglamento, y ahora Los Principios Globales III/ALI, toman un camino construido sobre

130. Pauta 1.2 Principios Globales III/ALI.

131. *Vid.* Principio 13, y esp. 13.3 Principios Globales III/ALI.

132. *Vid.* Pautas 1.2 y 18; Principios 3, 14.1, 14.3, 24.2, 30, 31, 34, y 35 Principios Globales III/ALI.

133. *Vid.* Pautas 3-10, Principio 23 Principios Globales III/ALI.

134. *Vid.* Principio 1 Pauta 1.1 Principios Globales III/ALI.

135. J. L. WESTBROOK, “An Empirical Study of the Implementation in the United States of the Model Law on Cross Border Insolvency”, *Am. Bankr. L. J.*, n° 87, 2013, pp. 247, 250. En inglés, escribió, *“modified universalism... is a term which begins with the ideal of universalism –worldwide management of a multinational insolvency by a single court or authority– and then modifies its application to reflect the pragmatic development of cooperation with increasing experience over time”*.

En su artículo Westbrook destaca que entre Canadá y los EEUU, había hasta ahora 282 insolvencias transfronterizas, mientras con México solamente 9. El segundo país más numeroso era el Reino Unido, con 101. *Id.*, p. 269, Tabla 1, “Chapter 15 Filings by Country”.

la cooperación y la comunicación y no en la confrontación, un universalismo modificado, un proceso más que un sistema fijo. Deja tranquilos los intereses soberanos, y a la vez trata de reconciliarlos y ponerlos de acuerdo para coordinar insolvencias internacionales exitosas.

Quizás el problema de la insolvencia transfronteriza –o más bien la insolvencia en sí– es que es todavía joven para el Derecho¹³⁶. No ha transcurrido aún suficiente tiempo ni estamos suficientemente experimentados como para identificar una solución satisfactoria para todos los casos, ni predecir hasta donde llegará el proceso. Como muchos problemas jurídicos, encontrará su solución poco a poco, entre discusiones académicas, diplomáticas y profesionales. Además, la insolvencia internacional también dependerá mucho de la jurisprudencia generada por casos concretos y de los abogados que ejercen en la materia. El Derecho –por ciencia o arte– nunca se queda estático. Siempre se mueve. He aquí un caso de movimiento hacia adelante y un proceso de desarrollo positivo, que no termina...

Lo que sí podemos asegurar es que hemos cumplido con los principios del Dr. GRASA HERNÁNDEZ. Hemos enfocado en manejar el problema, y lo estamos manejando óptimamente dentro de las posibilidades. Hemos identificado las estructuras nacionales que causan los conflictos de leyes en las insolvencias internacionales. Hemos desarrollado medidas pacíficas para su resolución, siempre dentro del régimen de derecho. Hemos visto la posibilidad de las negociaciones preventivas en este campo, distinguiéndose del campo de conflictos violentos. En la materia de las insolvencias internacionales, la globalización siente la crisis, pero está sacando principios con que manejarla efectiva y eficientemente.

Termino principiando; principiar quiero, por ver si principiando, principiar puedo.

136. Por ejemplo, la *Comisión* habló de un nuevo concepto europeo de la insolvencia de empresas, “sugiriendo que las leyes nacionales de insolvencia deben aproximarse, por ejemplo, con respeto a las reglas de facilitar una segunda oportunidad a los empresarios... reservada a los empresarios en las quiebras honradas”. COM (2012) 742 final, 5.

