

LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA EN EL DERECHO COLOMBIANO*

Rafael E. Wilches Durán**

* Este artículo es producto del proyecto de investigación *Interpretación y aplicación del derecho privado*, de la línea de investigación en Derecho Comercial del Grupo de Investigación en Derecho Civil y Comercial de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

** El autor es abogado y magíster en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana. Actualmente se desempeña como profesor investigador del Departamento de Derecho Privado y líder del Grupo de Investigación en Derecho Civil y Comercial de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Participó en la comisión redactora de la Ley 1116 de 2006, que incorporó al país las normas de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza. Es miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal Capítulo Colombiano. Contacto: rwilches@javeriana.edu.co

REVISTA DE DERECHO

N.º 32, Barranquilla, 2009

ISSN: 0121-8697

Resumen

Este artículo presenta una exposición de la insolvencia transfronteriza y de cómo dicho fenómeno ha sido tratado en el ordenamiento jurídico colombiano, especialmente en la Ley 1116 de 2006 o Nuevo Régimen de Insolvencia Empresarial, y luego efectúa un análisis de las disposiciones actualmente vigentes y cuáles pueden ser su utilidad e implicaciones a futuro en el Derecho. El objetivo de este trabajo es realizar una valoración de la incorporación de las normas de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza en el ordenamiento jurídico colombiano, poniendo de relieve tanto las ventajas como las falencias.

Palabras clave: Insolvencia transfronteriza, CNUDMI, Derecho colombiano, Ley 1116 de 2006.

Abstract

The author exposes how the cross-border insolvency has been treated in Colombian Law, especially in Law 1116 of 2.006, known as new Colombian Insolvency Regime. Then, he analyzes the utility and future implications of those rules. The objective of this article is to make an evaluation of the positive and negative aspects of the incorporation of UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency in Colombian Law.

Keywords: Cross-border insolvency, UNCITRAL, Colombian Law, Law 1116 of 2.006.

Fecha de recepción: 23 de julio de 2009

Fecha de aceptación: 8 de septiembre de 2009

1. INTRODUCCIÓN

La insolvencia transfronteriza es el fenómeno esencialmente económico que se presenta cuando un deudor incurre en situación de insolvencia y tiene bienes en más de un Estado, o cuando algunos de los acreedores de dicho deudor no son ciudadanos del Estado en el que se inició el procedimiento de insolvencia (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, sin fecha, *Presentación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza con la guía para su incorporación al Derecho interno*).

Así, el Derecho ha buscado de tiempo atrás dar solución a este fenómeno. Han sido diversas las respuestas que se han planteado a lo largo de la historia, pero el asunto adquirió relevancia en las últimas décadas, debido al aumento del comercio internacional y las consiguientes situaciones de insolvencia en que se ven inmersos algunos de los intervinientes en dichas relaciones comerciales.

Dentro del espíritu de armonización y unificación del Derecho Mercantil Internacional y del reconocimiento que las disparidades entre las leyes nacionales que rigen el comercio internacional crean obstáculos para ese comercio, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) consideró que podría desempeñar un papel más activo en la reducción o eliminación de estos, por lo cual fue creada en 1966 la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), más conocida por su sigla en inglés (United Nations Commission on International Trade Law), como la institución encargada de fomentar la armonización y unificación progresivas del Derecho Mercantil Internacional. Desde entonces, la CNUDMI se ha convertido en el órgano jurídico central del Sistema de Organizaciones de las Naciones Unidas en el ámbito del Derecho Mercantil Internacional (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, sin fecha. *Origen, mandato y composición de la CNUDMI*).

Dentro de los diversos tópicos que trabaja la CNUDMI, que incluyen arbitraje y conciliación comercial internacional, compraventa internacional de mercaderías, garantías reales, pagos internacionales, transporte internacional de mercaderías, comercio electrónico, contratación pública, entre otros, la insolvencia es uno de los temas que más ha preocupado a dicha comisión, gracias a lo cual promulgó en el año 1997 una ley modelo en materia de insolvencia transfronteriza y en el año 2004 una guía legislativa sobre regímenes de insolvencia. Las leyes modelo de la CNUDMI tienen como objetivo establecer referentes para los Estados que quieran regular ciertos asuntos de Derecho Mercantil Internacional. No son convenciones o tratados, por lo cual no son documentos que impliquen ningún tipo de obligación para los Estados a los que están destinadas. Por el contrario, cada Estado es libre de determinar si acoge o no determinada ley modelo de la CNUDMI para incorporarla en su Derecho interno. Lo que sí es claro, es que las leyes modelo deben ser incorporadas a cada Derecho interno con el menor número posible de modificaciones respecto del texto establecido por la CNUDMI, de manera que poco a poco las diversas legislaciones nacionales regulen de la misma manera el asunto en cuestión.

La Ley 1116 de 2006 o Nuevo Régimen de Insolvencia Empresarial Colombiano tuvo como una de sus grandes novedades la inclusión de las normas de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza de 1997, lo cual se puede evidenciar en el título III de la mencionada norma, compuesto por cinco capítulos, que abarcan desde el artículo 85 hasta el artículo 116.

El objetivo del presente trabajo es realizar una breve descripción de cómo ha sido tratado el fenómeno de la insolvencia transfronteriza en el ordenamiento jurídico colombiano, para luego analizar las disposiciones introducidas en la Ley 1116 de 2006 y sus implicaciones en el Derecho colombiano. Es decir, lo que se pretende es valorar la incorporación de las normas de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza en el ordenamiento jurídico de Colombia.

2. METODOLOGÍA

Para efectos de adelantar el presente trabajo, el autor acudió al estudio de: a) doctrina sobre el fenómeno de la insolvencia transfronteriza; b) doctrina sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza; c) doctrina sobre las normas de la Ley 1116 de 2006, que regulan el tema de la insolvencia transfronteriza; y d) estudio de casos prácticos de insolvencia transfronteriza en Colombia.

En consecuencia, el método de investigación utilizado es el de dogmática jurídica, con análisis de las normas y doctrina existentes sobre el tema, y estudio de algunos casos prácticos en la Superintendencia de Sociedades de Colombia, principalmente.

3. PRESENTACIÓN DEL ESTUDIO

Para tener claridad en la presentación de los resultados del trabajo adelantado, se tratan los siguientes tópicos en el orden enunciado a continuación: a) conceptos de insolvencia y de insolvencia transfronteriza; b) teorías esgrimidas para el tratamiento de la insolvencia transfronteriza; c) regulación de la insolvencia transfronteriza; d) tratamiento del fenómeno en el Derecho colombiano y en la Ley 1116 de 2006; e) referencia a casos prácticos en Colombia; y f) aspectos de insolvencia transfronteriza no regulados por la Ley 1116 de 2006; para luego terminar con el acápite de conclusiones.

a. Conceptos de insolvencia y de insolvencia transfronteriza

En general, puede decirse que la insolvencia¹ es la situación de crisis en que se encuentra un deudor, y que bajo tal concepto se encuentran comprendidas tanto la insolvencia en sentido estricto, entendida como la insuficiencia patrimonial del deudor que lo incapacita

¹ Véase, entre otros, Wilches Durán, R. E. (2008). Vacíos e inconsistencias estructurales del nuevo régimen de insolvencia empresarial colombiano. Identificación y propuestas de solución. *Revista Vniversitas*, 117, 197-218.

para pagar el importe de las deudas, como la iliquidez, la cesación de pagos (Isaza Upegui & Londoño Restrepo, 2008) y la incapacidad de pago inminente (Ley 1116 de 2006, artículo 9, numeral 2).

Como bien lo exponen Durán Prieto & Reinales Londoño (2003), el calificativo “transfronteriza” que se adiciona al sustantivo de insolvencia tiene como objeto referirse a aquellos eventos en que las pretensiones y efectos que se discuten en un procedimiento de insolvencia trascienden las fronteras de un Estado, para acceder a otro u otros. Así, debido a que el concepto de insolvencia tiene muy variadas concepciones en cada Derecho interno, la CNUDMI entendió que los elementos clave para hablar de insolvencia transfronteriza son: a) que curse un procedimiento de insolvencia de acuerdo con las reglas internas de cada país, y b) que se dé alguno de los criterios de presencia de bienes en más de un Estado y/o de acreedores que no sean ciudadanos del Estado donde se adelanta un procedimiento de insolvencia. Solo así puede entenderse configurada una situación que involucra a varios Estados o a sus ciudadanos y que, en consecuencia, debe hablarse de la existencia de un fenómeno de insolvencia transfronteriza.

Por lo tanto, pues, **puede afirmarse que en la actualidad el concepto de insolvencia transfronteriza solo tiene cierto consenso desde el punto de vista adjetivo, más no desde el punto de vista sustancial, por cuanto solo hay acuerdo sobre qué convierte a una insolvencia transfronteriza pero no sobre cuándo se configura una situación de insolvencia.** En efecto, a nivel internacional se entiende por insolvencia transfronteriza, de manera más o menos generalizada, aquel fenómeno que se presenta cuando, con ocasión de la insolvencia de un deudor, dos o más Estados, bien sea en razón de sus ciudadanos o de su territorio, se ven involucrados en el asunto. Sin embargo, no hay consenso en cuanto a qué debe entenderse por insolvencia, desde el punto de vista sustancial, ni siquiera en el marco de la CNUDMI.

b. Teorías esgrimidas para el manejo de la insolvencia transfronteriza

Estas teorías se pueden resumir, sin perjuicio de las particularidades de cada autor, de acuerdo con lo expuesto por Durán Prieto & Reinales Londoño (2003), Isaza Upegui & Londoño Restrepo, (2008), Monroy Cabra (2006) y Rodríguez Espitia (2007), en las siguientes:

- **Teoría de la unidad - universalidad**

De acuerdo con esta teoría, debe existir un solo foro que centralice el proceso de insolvencia del deudor en un único proceso. Las decisiones del juez de ese proceso tienen efecto en todas las jurisdicciones donde se encuentren bienes del deudor y vinculen a todos los acreedores del caso, independientemente de su ciudadanía.

Esta teoría es la más acorde con los principios que gobiernan a los procedimientos concursales o de insolvencia, cuyo objetivo es agrupar en un solo proceso todos los bienes y a todos los acreedores del deudor insolvente, para que la totalidad de la masa de bienes sirva como prenda general para la atención de la totalidad de las deudas insolutas, bajo estrictos criterios de igualdad entre acreedores de la misma naturaleza, impidiendo así el desmembramiento del patrimonio del deudor por acciones individuales de sus acreedores².

Así, las ventajas de la aplicación de dicha teoría radicarían en la mayor seguridad a los acreedores al no haber varios procesos ni varios jueces, el ahorro en términos administrativos, el posible aumento en el valor del activo del deudor, el respeto del principio de igualdad entre acreedores, y el hecho de que los fines del procedimiento de insolvencia se cumplirían más fácilmente (Rodríguez Espitia, 2007). Sin embargo, la viabilidad práctica de esta teoría la hace insostenible, pues muy pocos Estados están dispuestos a renunciar a su

² Véase, entre otros, Wilches Durán, R. E. (2008). Vacíos e inconsistencias estructurales del nuevo régimen de insolvencia empresarial colombiano. Identificación y propuestas de solución. *Revista Vniversitas*, 117, 197-218.

soberanía cuando se pueden ver afectados bienes de su territorio y ciudadanos de su país por las decisiones de un juez extranjero, que no tendría ninguna subordinación respecto de los Estados distintos a aquel donde se adelanta el procedimiento.

- **Teoría de la pluralidad - territorialidad**

Según señala la teoría, el Estado sólo tiene jurisdicción en materia de insolvencia de un deudor, si existen bienes del mismo en su territorio. En consecuencia, hay multiplicidad de foros concursales, cada uno tiene su propio procedimiento y su propio juez, que actúan de manera independiente respecto de los otros.

El fundamento de esta tesis descansa en la teoría según la cual la insolvencia o quiebra es algo que compete exclusivamente al Estado donde están ubicados los bienes del deudor, por lo cual cada Estado debe ser autónomo para el efecto. Sus defensores argumentan que, si bien los resultados en cada proceso pueden ser distintos, tales resultados tienen aplicación estrictamente en el territorio del Estado donde se lleva cada procedimiento, por lo cual no existe ningún tipo de conflicto.

Se observa que esta teoría pudo haber tenido aplicación hace muchos años, cuando el mundo no vivía el fenómeno de globalización que afronta actualmente, pero tiene el grave defecto que implica un apego irrestricto al concepto de soberanía, contrario a los principios de la insolvencia, como presenta posteriormente.

- **Teoría de la universalidad cualificada o moderada**

Tiene como base la existencia de un foro central en el cual se adelanta el procedimiento de insolvencia principal y que sirve como coordinador de los procedimientos de insolvencia que se adelantan en otras jurisdicciones. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza acoge parcialmente esta teoría y no de

manera irrestricta, como lo afirma Rodríguez Espitia (2007), según se verá posteriormente.

c. Regulación de la insolvencia transfronteriza

Siguiendo a Durán Prieto & Reinales Londoño (2003), se puede afirmar que la regulación de la insolvencia transfronteriza parte de la figura de tratados bilaterales entre Estados con frontera común y que tienen alto tráfico comercial entre ellos, como el franco-belga de 1899 o el belga-holandés de 1925, para luego ampliar su espectro a tratados multilaterales, como los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1939/1940. En relación con los Tratados de Montevideo, vale la pena destacar que, de acuerdo con Monroy Cabra (2006), para Colombia se encuentran vigentes el Tratado de Derecho Civil Internacional y el Tratado de Derecho Comercial Internacional, ambos de 1889, en virtud de lo dispuesto por la Ley 33 de 1992. En particular, en el título X del Tratado de Montevideo de 1889 sobre derecho comercial internacional, se trata el asunto de las quiebras o falencias, como ahí se denominan, dando preponderancia al domicilio del comerciante para efectos de determinación del lugar o lugares donde deben adelantarse los respectivos procesos.

Con posterioridad a 1889 se promulga el Código de Bustamante o Código de Derecho Internacional Privado, que Colombia suscribe con reservas (Monroy Cabra, 2006), aunque nunca lo ratifica (Isaza Upegui & Londoño Restrepo, 2008), y los tratados de Montevideo de 1939 y 1940, ninguno de los cuales rige para Colombia (Monroy Cabra, 2006).

Las mencionadas regulaciones multilaterales acogen la teoría de la unidad en materia de insolvencia transfronteriza, pues propenden por la existencia de un único proceso, pero también acogen la teoría de la territorialidad cuando aceptan que si un deudor tiene “[...] dos o más casas comerciales independientes en distintos territorios, serán competentes para conocer del juicio de quiebra de cada una de ellas, los tribunales de sus respectivos domicilios” (Tratado de

Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889), lo cual implicaría la existencia de varios procesos (Isaza Upegui & Londoño Restrepo, 2008).

En ámbitos distintos al latinoamericano se destaca la Convención Nórdica sobre Quiebras de 1933, suscrita por Dinamarca, Finlandia, Islandia, Suecia y Noruega, y, a partir de la década de los años setenta, una constante preocupación por regular el fenómeno de la insolvencia transfronteriza, en atención a las periódicas y generalizadas crisis económicas y a la progresiva globalización de la economía. Así, han surgido modelos de regulación de la insolvencia transfronteriza como el Convenio Europeo sobre Procedimientos de Insolvencia (Reglamento 1346 de 2000 del Consejo de la Unión Europea), el proyecto sobre insolvencia transnacional del American Law Institute (ALI), la Ley Modelo sobre Cooperación en la Insolvencia Internacional (Model International Insolvency Cooperation Act MIICA) y el Concordato de Insolvencia Transfronteriza (Cross-border Insolvency Concordat), ambos de la International Bar Association (IBA), y los trabajos de Insol (International Association of Insolvency Practitioners).

El análisis y comprensión a cabalidad de dichas reglamentaciones implica un estudio profundo, el cual no es objeto del presente artículo. No obstante, como se ve más adelante, la reglamentación de la Unión Europea se caracteriza por alcanzar un grado de profundización e integración bastante importante entre los Estados sujetos a la misma, tras experiencias no completamente satisfactorias, como son el Convenio de Estambul de 1990 y el Convenio de Bruselas de 1995. Por su parte, el proyecto del American Law Institute (ALI) lleva a regular los casos de insolvencia transfronteriza derivados de la existencia del North America Free Trade Agreement (NAFTA) o Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), convenio existente entre Estados Unidos de América, Canadá y México, del que el International Insolvency Institute (III) y el Insolvency Institute de Canadá adoptan el documento denominado "Pautas aplicables a las comunicaciones entre tribunales en casos transfron-

terizos". Los documentos de la International Bar Association sirven de guía a los abogados o jueces que tuvieren que enfrentan casos de insolvencia transfronteriza y no tienen como objetivo reemplazar ningún tratado o legislación vigente, aunque sí introducen el concepto de ley modelo. Insol es una asociación internacional de profesionales practicantes en el ámbito de la insolvencia, que ha producido varios documentos sobre el tema y que está encaminada, fundamentalmente, a agrupar a dichos profesionales y a las asociaciones de los mismos, a través de proyectos tales como el denominado "Global insolvency", realizado conjuntamente entre el American Bankruptcy Institute (ABI) e Insol International. Por último, hay que mencionar los trabajos de organizaciones como OHADA (Organización para la Armonización en África del Derecho de los Negocios, por sus siglas en francés) o los desarrollos dados en el sureste de Asia, de acuerdo con la obra de Wessels (2006).

En general, pues, sobre el tratamiento de la insolvencia transfronteriza se acude a lo expuesto por Monroy Cabra (2006), quien señala que las características generales de tratamiento jurídico que se le dan al fenómeno, en la actualidad, son las siguientes:

"[...] 1. En cuanto a la ley aplicable a los procedimientos concursales, se acepta el criterio de *lex fori concursus*. Es decir, la ley del Estado cuyos tribunales han abierto el procedimiento de quiebra, rige con carácter general. Sin embargo, los bienes se rigen por el principio *lex rei sitae* y los contratos, por la *lex contractus*.

"2. Para determinar la competencia judicial internacional, la ley aplicable y la eficacia extraterritorial de las decisiones concursales rigen los convenios internacionales. En subsidio, se aplican las reglas generales de Derecho internacional privado.

"[...] 4. La polémica entre unidad y universalidad, de una parte, y entre territorialidad y pluralidad de los procedimientos de insolvencia, por la otra, ha evolucionado a un sistema mixto que admite un procedimiento principal de insolvencia y varios procedimientos secundarios de insolvencia" (Monroy Cabra, 2006, p. 444).

Sin embargo, la regulación que se convirtió en el paradigma sobre el tema de la insolvencia transfronteriza es la realizada por la CNUDMI que, como ya se dijo, es acogida por el ordenamiento jurídico colombiano a través de la Ley 1116 de 2006, y que se expone a continuación, previa presentación de una breve reseña histórica del tratamiento del fenómeno en Colombia.

d. Tratamiento del fenómeno en el Derecho colombiano y en la Ley 1116 de 2006

En Colombia, la cooperación y colaboración con autoridades extranjeras se venían manejando con anterioridad a la expedición de la Ley 1116 de 2006, básicamente, a través de figuras de Derecho Internacional como el exhorto y las cartas rogatorias, que si bien son opciones válidas para obtener los fines perseguidos en materia de insolvencia transfronteriza, no poseen la eficiencia y eficacia necesarias para actuar en este tipo de situaciones. Igualmente, en Colombia, hasta la entrada en vigencia de la Ley 1116 de 2006, la eficacia de las sentencias extranjeras en materia concursal estaba sujeta a la exigencia de superar el exequátur (Isaza Upegui & Londoño Restrepo, 2008).

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

Así, vienen a propósito Durán Prieto & Reinales Londoño (2003); la normatividad existente con anterioridad a la expedición de la Ley 1116 de 2006, puede concretarse en la siguiente: a) el Tratado de Montevideo de 1889 sobre Derecho Comercial Internacional, ya mencionado; b) la Resolución 2201 de 1997 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, que dispuso que todo documento otorgado en el extranjero, para que tuviera validez en Colombia, requería legalización por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores y autenticación del cónsul de Colombia en el país de origen del documento; c) la Convención de La Haya de 1961 sobre abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros, ratificada mediante la Ley 455 de 1998, y el Decreto 106 de 2001; y d) la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, adoptada en Panamá en 1975 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, y el protocolo adicional a dicha convención, hecho en 1979 en Montevideo, los cuales fueron ratificados por Colombia mediante la Ley 27 de 1988, que entró en vigor en 1995, y que fueron promulgados mediante Decreto 652 de 2000.

Como puede observarse, el tratamiento del tema en el país ha estado siempre encaminado hacia el tema procedimental, salvo lo establecido en el tratado de Montevideo de 1889. Debido a lo anterior, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza se convierte en el referente obligado cuando con el cambio de siglo se dan los primeros avances por regular la materia en Colombia, pues a nivel internacional ya era un paradigma sobre el tema, gracias a la amplia discusión y aprobación que obtuvo en el marco de una organización internacional como la CNUDMI, vocera ampliamente valorada de la ONU en materias de Derecho comercial internacional.

En el país, la ley modelo de la CNUDMI es prácticamente acogida en su integridad por el ordenamiento jurídico, a través de la Ley 1116 de 2006, salvo algunas pequeñas modificaciones, que no es del caso estudiar en el presente artículo, y para lo cual se remite al lector, si así lo desea, a los estudios realizados sobre el particular por Ro-

dríguez Espitia (2007) e Isaza Upegui & Londoño Restrepo (2008). Por su parte, si el lector desea profundizar en el estudio de dicha ley modelo, sin consideración al ordenamiento jurídico colombiano, puede acudir directamente a lo expuesto en la página en Internet de la CNUDMI o, en el ámbito nacional, al estudio de Oviedo Albán (2009).

Entonces, los rasgos más importantes de la ley modelo de la CNUDMI y, en consecuencia, de la normatividad incorporada por la Ley 1116 de 2006, pueden resumirse en lo siguiente:

- Las normas sobre el particular, contenidas en el título III de la Ley 1116 de 2006, que abarca de los artículos 85 a 116 de dicha ley, están divididas en cinco capítulos, bajo la misma división que utiliza la ley modelo de la CNUDMI, a saber: disposiciones generales, acceso de los representantes y acreedores extranjeros ante las autoridades colombianas competentes, reconocimiento de un proceso extranjero y medidas otorgables, cooperación con tribunales y representantes extranjeros, y procesos paralelos. La ley modelo de la CNUDMI está compuesta por 32 artículos, al igual que el título III de la Ley 1116 de 2006. No obstante, aunque la esencia de la redacción de los artículos de ley modelo de la CNUDMI se mantuvo en la Ley 1116, estos tienen algunas diferencias mínimas, que no son objeto del presente escrito. Lo que sí hay que resaltar es que el artículo 85 de la Ley 1116 de 2006 no está contenido en el cuerpo de artículos de la ley modelo de la CNUDMI, sino en el preámbulo de la misma, y que el artículo 31 de la ley modelo de la CNUDMI sobre presunción de insolvencia basada en el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal no fue incluido en la Ley 1116 de 2006, por considerarse inconveniente dicha disposición³.

³ El mencionado artículo dispone: “Artículo 31. Presunción de insolvencia basada en el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal. Salvo prueba en contrario, el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal constituirá prueba válida de que el deudor es insolvente a los efectos de la apertura de un procedimiento con arreglo a [indíquese norma de derecho interno relativa a la insolvencia]”.

- Los casos en los cuales aplican dichas normas, denominados “ámbito de aplicación” en el texto de la ley modelo de la CNUDMI, son los siguientes:
 - a. Eventos en que un tribunal extranjero, es decir, la autoridad judicial o de otra índole competente para efectos de controlar o supervisar un proceso extranjero, o un representante extranjero, es decir, la persona u órgano que haya sido facultado en un proceso extranjero para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes, solicite asistencia en la República de Colombia en relación con un proceso extranjero.
 - b. Eventos en que sea solicitada la asistencia en un Estado extranjero en relación con un proceso tramitado conforme a las normas colombianas relativas a la insolvencia.
 - c. Cuando estén tramitándose simultáneamente, y respecto de un mismo deudor, un proceso extranjero y un proceso en la República de Colombia; y
 - d. Cuando los acreedores u otras personas interesadas, que estando en un Estado extranjero tengan interés en solicitar la apertura de un proceso o en participar en un proceso en curso con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia.

- Tiene aplicación tanto respecto de personas naturales como respecto de personas jurídicas (Isaza Upegui & Londoño Restrepo, 2008). Hay que precisar que se trataría de personas naturales comerciantes, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2.º de la Ley 1116 de 2006 e incluso también aplicarían las normas sobre insolvencia transfronteriza respecto de sucursales de sociedades extranjeras y patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales, de conformidad con la misma norma⁴.

⁴ ARTÍCULO 2.º ÁMBITO DE APLICACIÓN. Estarán sometidas al régimen de insolvencia las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de la aplicación del mismo, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional, de carácter privado o mixto. Así mismo, estarán sometidos al régimen de insolvencia las sucursales de sociedades extranjeras y los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales.

El Gobierno nacional establecerá los requisitos de admisión de dichos patrimonios autóno-

- No tiene aplicación respecto de las entidades excluidas de la aplicación de la Ley 1116 de 2006, en virtud de lo dispuesto por el artículo 3.º de la misma⁵.
- No trata de manera sustancial el fenómeno de la insolvencia transfronteriza. Es decir, no establece parámetros uniformes de los criterios con los cuales debe entenderse a nivel internacional que un deudor está incurso en una situación de insolvencia. Tan solo señala que insolvencia transfronteriza es aquella situación de insolvencia en la que se ven involucrados bienes ubicados en más de un Estado o aquella situación de insolvencia en que se ven involucrados acreedores provenientes de más de un Estado; es decir, como ya se ha mencionado previamente, da una definición adjetiva, no sustantiva, de la insolvencia transfronteriza. En este mismo sentido se expresa Rodríguez Espitia (2007), quien afirma que dicha normatividad “[...] no busca la unificación de las normas de derecho sustantivo de la insolvencia, sino una armonización de los distintos ordenamientos aplicables, mediante soluciones que puedan resultar útiles” (Rodríguez Espitia, 2007, p. 596).

mos al trámite de insolvencia a que se refiere la presente ley.

⁵ ARTÍCULO 3.º PERSONAS EXCLUIDAS. No están sujetas al régimen de insolvencia previsto en la presente ley:

1. Las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

2. Las Bolsas de Valores y Agropecuarias.

3. Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Lo anterior no incluye a los emisores de valores, sometidos únicamente a control de la referida entidad.

4. Las entidades vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria que desarrollen actividades financieras, de ahorro y crédito.

5. Las sociedades de capital público, y las empresas industriales y comerciales del Estado nacionales y de cualquier nivel territorial.

6. Las entidades de Derecho público, entidades territoriales y descentralizadas.

7. Las empresas de servicios públicos domiciliarios.

8. Las personas naturales no comerciantes.

9. Las demás personas jurídicas que estén sujetas a un régimen especial de recuperación de negocios, liquidación o intervención administrativa para administrar o liquidar.

PARÁGRAFO. Las empresas desarrolladas mediante contratos que no tengan como efecto la personificación jurídica, salvo en los patrimonios autónomos que desarrollen actividades empresariales, no pueden ser objeto del proceso de insolvencia en forma separada o independiente del respectivo o respectivos deudores.

- Ofrece mecanismos ágiles que permiten el reconocimiento de procedimientos extranjeros tanto judiciales como administrativos, por parte de Colombia, y la práctica de medidas dirigidas a optimizar la administración de la insolvencia (Isaza Upegui & Londoño Restrepo, 2008).
- Incentiva la cooperación entre tribunales de los distintos países donde se adelanten procedimientos de insolvencia, es decir, entre las autoridades de los distintos países (Isaza Upegui & Londoño Restrepo, 2008).
- Busca lograr una cooperación eficaz entre los tribunales y los representantes extranjeros (Isaza Upegui & Londoño Restrepo, 2008).
- Persigue la coordinación entre los tribunales y los representantes de cada proceso, cuando se han abierto procedimientos paralelos respecto de un mismo deudor en diferentes Estados. (Isaza Upegui & Londoño Restrepo, 2008).
- Preserva la posibilidad de excluir o limitar, por imperativo de orden público, toda medida a favor de un procedimiento extranjero. (Isaza Upegui & Londoño Restrepo, 2008). Es decir, permite que Colombia pueda apartarse, en ciertos eventos en que el orden público se vea involucrado, de lo dispuesto por las normas sobre insolvencia transfronteriza de la Ley 1116 de 2006.
- Posee la flexibilidad de un régimen respetuoso de los diversos enfoques del Derecho interno de la insolvencia (Isaza Upegui & Londoño Restrepo, 2008).
- El reconocimiento de un procedimiento extranjero no impide que los acreedores colombianos inicien o prosigan un procedimiento de insolvencia con arreglo a las normas colombianas. (Isaza Upegui & Londoño Restrepo, 2008).

- Los procedimientos locales prevalecen sobre los efectos de los procedimientos extranjeros y sobre las medidas otorgadas con ocasión del mismo, independientemente que el procedimiento colombiano se haya iniciado con anterioridad o no al reconocimiento del procedimiento extranjero. Siempre el juez colombiano tiene la facultad de modificar o dejar sin efecto medidas otorgables cuando sean incompatibles con el proceso concursal local o cuando exista incompatibilidad entre el proceso extranjero principal y el no principal (Isaza Upegui & Londoño Restrepo, 2008).
- Cuando haya dos o más procedimientos de insolvencia, debe existir cooperación y coordinación de autoridades y representantes de todos los procedimientos (Isaza Upegui & Londoño Restrepo, 2008).
- Un procedimiento extranjero tiene la calidad de principal si se inicia en el Estado en que el deudor tiene el centro de sus principales intereses. Solo un proceso extranjero se puede reconocer como principal. El procedimiento extranjero no es principal si se abre en aquellos Estados donde el deudor sólo tiene un establecimiento, es decir, todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza una actividad económica de manera permanente, pero que no constituya el centro de sus principales intereses. El proceso extranjero principal tiene prioridad sobre el proceso extranjero no principal (Isaza Upegui & Londoño Restrepo, 2008).
- Los acreedores pueden exigir su derecho en cualquiera de los procedimientos. Los acreedores extranjeros gozan de los mismos derechos que los acreedores nacionales. Un acreedor que haya recibido un pago parcial respecto de su crédito en un proceso extranjero, no podrá recibir un nuevo pago por ese mismo concepto en un proceso de insolvencia local mientras los demás acreedores, de la misma categoría, no hayan recibido el pago proporcional al obtenido por aquel acreedor (Isaza Upegui & Londoño Restrepo, 2008).

- Los derechos de los acreedores privilegiados (laborales, seguridad social, fiscales y pago de vivienda) se respetan (Isaza Upegui & Londoño Restrepo, 2008).
- Si hay sobrantes en el procedimiento local que no es principal, deben transferirse al procedimiento extranjero principal (Isaza Upegui & Londoño Restrepo, 2008).
- El reconocimiento de un proceso de insolvencia en el exterior del propietario de una sucursal extranjera en Colombia, da lugar a la apertura del proceso de insolvencia de la misma en el país, conforme a las normas colombianas que regulan la insolvencia (Isaza Upegui & Londoño Restrepo, 2008).
- Las disposiciones con mayor trascendencia desde el punto de vista práctico, a consideración del autor, sin perjuicio de otras sobre publicidad a acreedores y cooperación y colaboración entre autoridades, son las contenidas en los artículos 102, 105, 106 y 107 de la Ley 1116 de 2006, correspondientes a los artículos 19, 20, 21 y 22 de la ley modelo de la CNUDMI. En efecto, dichas normas consagran los efectos que se siguen de la solicitud de reconocimiento y del reconocimiento como tal de un proceso extranjero en Colombia. Entre los mismos se encuentran la suspensión o imposibilidad de inicio de procesos ejecutivos, las restricciones impuestas al deudor para transmitir o gravar sus bienes, la administración de los bienes del deudor por parte del representante extranjero, entre otros.
- Según la doctrina, es un mecanismo que persigue evitar conductas de acreedores extranjeros que retenían bienes por el no pago de acreencias, los transferían al exterior, terminaban contratos, iniciaban procesos ejecutivos con medidas cautelares y, en general, se sustraían de los concursos locales (Rodríguez Espitia, 2007). Igualmente, busca evitar operaciones fraudulentas de deudores insolventes, encaminadas a ocultar o transferir bienes a jurisdicciones extranjeras (Isaza Upegui & Londoño Restrepo,

2008). Así, ante la existencia de un mercado globalizado y el aumento en el número de tratados de integración económica, es evidente que la normatividad sobre insolvencia transfronteriza se hacía más que necesaria, pero hay que advertir que no siempre los fines perseguidos, anteriormente mencionados, se consiguen bajo el esquema de dicha ley modelo.

- En general, dicha normatividad plantea soluciones interesantes para los fines perseguidos por la CNUDMI, es decir, armonizar las distintas legislaciones que reglamentan la insolvencia transfronteriza, lograr una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones, administrar en forma equitativa y eficiente las insolvencias transfronterizas, disponer un trato igualitario a los acreedores, y proteger los bienes del deudor para lograr la optimización de su valor (Rodríguez Espitia, 2007).

No obstante, las normas de la ley modelo de la CNUDMI, incorporadas al ordenamiento jurídico colombiano, no son suficientes para atender todos los problemas que se derivan del fenómeno de la insolvencia transfronteriza, lo cual se expone a continuación, previa presentación de unos casos prácticos que ilustran sobre el particular.

e. Referencia a casos prácticos en Colombia

La obra de Isaza Upegui & Londoño Restrepo (2008) trae un caso práctico hipotético, al cual puede remitirse el lector si desea profundizarlo; consiste en que una sociedad con domicilio y centro principal de sus intereses en Bogotá, pero con bienes, contratos y acreedores en varios Estados del mundo, se ve en situación de insolvencia y es admitida a un proceso de reorganización por la Superintendencia de Sociedades de Colombia, además de ser objeto de un proceso de cobro ante una corte en Nueva York (EE. UU.).

Lo que vale la pena resaltar de este caso es que, para resolverlo, hay que tener en cuenta que se han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza en

Australia (2008), Colombia (2006), Eritrea (1998), Eslovenia (2008), los Estados Unidos de América (2005), Gran Bretaña (2006), Japón (2000), Mauricio (2009), México (2000), Polonia (2003), Montenegro (2002), Nueva Zelanda (2006), República de Corea (2006), Rumania (2003), Serbia (2004), Sudáfrica (2000) y el territorio de ultramar del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: Islas Vírgenes Británicas (2005), de acuerdo con lo expuesto en la página en Internet de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, sin fecha, *Situación actual de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza*). Igualmente, Isaza Upegui & Londoño Restrepo (2008) mencionan que España también incorporó esta ley modelo a su ordenamiento jurídico, lo cual efectivamente ocurrió a través de la Ley Orgánica N.º 8 de 9 de julio de 2003 y la Ley 22 de 9 de julio de 2003⁶ (Esplugues Mota, 2006).

Así, respecto del caso propuesto por Isaza Upegui & Londoño Restrepo (2008), concluyen dichos autores que para los acreedores de países que han incorporado la ley modelo de la CNUDMI a sus ordenamientos internos, sus créditos podrán hacerse válidos tanto en Bogotá como en Nueva York, según escojan. Por su parte, los acreedores de países como Argentina, Brasil, Panamá o Venezuela, por ejemplo, solo logran hacer valer sus créditos a través de apoderados que constituyan en Bogotá, pues no pueden acudir ante las autoridades concursales de sus respectivos países para el efecto. Situación similar se presentaría respecto de los bienes, pues el promotor del

⁶ Vale la pena tener en cuenta la aclaración que aparece en la página en Internet de la CNUDMI, la cual reza que: "Las disposiciones de una ley modelo se preparan con el fin de ofrecer una pauta a los legisladores para que se planteen la posibilidad de incorporar la ley modelo a su derecho interno. Dado que los Estados que promulgan legislación basada en una ley modelo pueden actuar con toda flexibilidad y apartarse del texto de la misma, la lista que se enuncia más arriba es sólo una indicación de los textos promulgados sobre esa base que se han dado a conocer a la secretaría de la CNUDMI. Para determinar la diferencia existente entre una ley modelo y un texto legislativo adoptado sin ajustarse totalmente a ella, habría que estudiar la legislación de cada Estado. El año de promulgación que se indica más arriba corresponde al año en que el órgano legislativo competente adoptó la legislación pertinente, conforme a la información comunicada a la secretaría de la CNUDMI; el año indicado no corresponde al de la entrada en vigor de la legislación de que se trate, pues los procedimientos a seguir para que dicha legislación entre en vigor varían de un Estado a otro y es posible que transcurra cierto tiempo entre la promulgación y la entrada en vigor".

acuerdo de reorganización, actuando en calidad de representante del proceso, podría acudir a la cooperación de las autoridades competentes en Nueva York y demás ciudades de países que hayan incorporado la ley modelo de la CNUDMI, para hacer efectivas medidas otorgables, como el embargo de bienes, pero respecto de los bienes situados en países que no han incorporado la ley modelo de la CNUDMI, no se podrían utilizar los mecanismos otorgados por dicha ley, sino que habría que acudir a exhortos o cartas rogatorias, bajo el supuesto que haya tratados que permitan tales actuaciones.

Por su parte, ya se ha mencionado, en el caso hipotético propuesto, que acreedores norteamericanos inician un proceso de cobro ante una corte en Nueva York. Sobre el particular, hay que precisar, en primera instancia, que el proceso de reorganización adelantado ante la Superintendencia de Sociedades, es un proceso local para los acreedores colombianos y a partir del momento en que el promotor colombiano solicite y obtenga el reconocimiento del mismo como proceso extranjero ante una corte de Estados Unidos, para hacer viables medidas cautelares en ese país, el proceso de Bogotá es reconocido en Estados Unidos como un proceso extranjero principal y los acreedores norteamericanos pueden hacerse parte ante dicha corte norteamericana y gozar de todos los derechos que tienen los acreedores colombianos en Colombia. Sin embargo, bajo el supuesto que acreedores norteamericanos hayan iniciado por su parte un proceso de cobro ante una corte en Nueva York, por ejemplo, respecto de los norteamericanos el proceso colombiano se torna en un proceso extranjero principal, por ser Bogotá el centro principal de los intereses del deudor, y el proceso ante la corte de Nueva York, en un proceso local para los norteamericanos y en un proceso extranjero no principal para los acreedores distintos a los estadounidenses; ante esta circunstancia, la Superintendencia de Sociedades de Colombia ha de aplicar las disposiciones sobre procesos paralelos y cooperación y colaboración de la Ley 1116 de 2006 para solicitar a la corte de Nueva York su cooperación para que las medidas otorgables se tomen en coordinación con las distintas autoridades involucradas y para que el proceso colombiano sea reconocido en la corte de Nueva York como un proceso extranjero principal.

En la vida real, las situaciones de insolvencia transfronteriza presentadas a la fecha han sido de las más variada índole, pues basta con que un bien o un acreedor de un deudor colombiano se encuentren en el exterior o que haya bienes o acreedores de un deudor extranjero en Colombia, para estar en presencia de un caso de insolvencia transfronteriza; cosa distinta es que las normas sobre el particular se hayan aplicado en dichos casos. Sin embargo, se resaltan unos casos puntuales, que reflejan la importancia del asunto, acudiendo a dos que se presentaron durante la vigencia de la Ley 550 de 1999, norma previamente vigente a la Ley 1116 de 2006 en materia de acuerdos de recuperación de negocios en Colombia, y a dos casos presentados bajo la vigencia de la Ley 1116 de 2006 en materia de reorganización empresarial⁷.

En el primero, la sociedad PISOCHAGO Ltda. es admitida a la negociación de un acuerdo de reestructuración, y como propietaria de un bien ubicado en el Estado de Florida (EE. UU.), un acreedor estadounidense está *ad portas* de iniciar un proceso de cobro ante una corte de dicho país. Ante tal situación, la empresa deudora solicita a la Superintendencia de Sociedades autorización para enajenar el bien y, con el producto de dicha venta, pagar la obligación existente a favor de dicho acreedor, de manera que en el proceso de cobro este no pierda valor y que la diferencia entre la venta y el pago de la deuda ingrese a los activos del deudor. La decisión de la Superintendencia de Sociedades consiste, en un primer momento, en la no autorización de la enajenación del inmueble ubicado en Florida, por cuanto no encuentra demostrada la urgencia, necesidad y conveniencia de la operación, de acuerdo con lo exigido en ese momento por la Ley 550 de 1999. No obstante, la deudora presenta recurso de reposición, que es concedido, y con lo cual se autoriza la enajenación del mencionado inmueble, fundamentalmente en atención

⁷ La información sobre estos casos fue extraída de los expedientes de los respectivos procesos, que reposan en la Superintendencia de Sociedades de Colombia. Para los casos de Ley 550 de 1999, los mismos se encuentran en el Grupo de Sociedades en Trámite Concursal y en el Grupo de Procesos Especiales de dicha Superintendencia. Para los casos de Ley 1116 de 2006, tales expedientes se encuentran en el Grupo de Acuerdos de Reorganización Empresarial y Concordatos y en el Grupo de Objeciones Concursales de la misma Superintendencia.

a que la urgencia, necesidad y conveniencia de la operación se encuentran demostradas con base en los nuevos argumentos expuestos, ya que la naturaleza y los efectos de los contratos de mutuo y garantía celebrados entre PISOCHAGO Ltda. y la institución financiera estadounidense y el derecho de hipoteca constituido exclusivamente a su favor sobre el bien objeto de la solicitud, se rigen por la ley de los Estados Unidos de América y no por la ley colombiana; adicionalmente, por cuanto los acreedores de la sociedad PISOCHAGO Ltda. se favorecen con la enajenación del inmueble de propiedad de dicha sociedad ubicado en Florida, de no realizarse tal enajenación, se pierde una parte del valor del bien y, además, se produce el deterioro del buen nombre comercial de la deudora en la ciudad de Miami y, en general, en los Estados Unidos de América, único destino de sus exportaciones, lo cual puede implicar un obstáculo insuperable para su reactivación económica, objetivo de la Ley 550 de 1999, en adición a la existencia de otros bienes en Colombia para respaldar las obligaciones frente a los acreedores colombianos.

Un segundo caso que se presenta en materia de acuerdos de reestructuración durante la vigencia de la Ley 550 de 1999 es el de la sociedad PIZANO S. A., en el que un acreedor extranjero inicia procesos de cobro ante cortes en Miami y Nueva York, embargando cuentas que la sociedad tiene en dicho país, para lo cual es necesario que la Superintendencia de Sociedades intervenga e ilustre a dichas cortes sobre el proceso que adelantaba en Colombia la sociedad, de manera que accedan a colaborar con dicho proceso.

Por su parte, durante la vigencia de la Ley 1116 de 2006 se presenta el caso de la sociedad C. I. SIDERÚRGICA COLOMBIANA S. A. (SICOLSA), a la que una vez admitida a la negociación de un acuerdo de reorganización, una filial en el extranjero de una entidad financiera en Colombia compensa la deuda a su favor con el dinero disponible en una cuenta a nombre del deudor en dicha compañía, operación expresamente prohibida por la Ley 1116 de 2006 y la mayoría de regímenes de insolvencia en el mundo. Pues bien, los bienes del deudor están precisamente para servir como prenda general de las

obligaciones que tenga, y una entidad financiera no pueda abusar del hecho que cuente con algunos recursos depositados por el deudor para pagarse con prelación sobre los demás acreedores, ya que, además de violar el régimen de prelación de créditos, también viola el principio de igualdad entre acreedores y atenta contra la integridad del patrimonio del deudor. El argumento central de la institución financiera consiste en afirmar que debido a que la filial es una persona jurídica con domicilio en el extranjero y con total independencia patrimonial de la institución financiera colombiana, no le aplican las disposiciones de la ley colombiana, por ser un acreedor extranjero y, en consecuencia, la operación de compensación es totalmente válida. El promotor del acuerdo de reestructuración reconoce el crédito en la calificación y graduación de créditos que debe realizar, es decir, como si la compensación hecha no es válida, ante lo cual la filial de la institución financiera colombiana presenta objeción contra tal determinación, fallada por la Superintendencia de Sociedades a favor de la sociedad deudora, que ordena, por consiguiente, se reconozca el crédito como insoluto. Al momento de la elaboración del presente artículo está pendiente que la Superintendencia de Sociedades se pronuncie declarando la configuración de los presupuestos de ineficacia de dicha operación, ante lo cual la filial de la institución financiera debe devolver los dineros compensados. Sin embargo, si la filial de la institución financiera no da cumplimiento a lo ordenado por la Superintendencia de Sociedades, el asunto no es resuelto de manera clara por las normas sobre insolvencia transfronteriza de la Ley 1116 de 2006. Por ello, si no es posible dar aplicación a tales normas en el territorio extranjero, quedaría a cargo de la sociedad deudora iniciar todos los trámites necesarios a fin de que la providencia de la Superintendencia de Sociedades sea reconocida en el país de domicilio de la filial de la institución financiera, para así iniciar un proceso de ejecución por tales sumas adeudadas.

Otro de los casos de relevancia, presentados en materia de acuerdos de reorganización durante la vigencia de la Ley 1116 de 2006, es el de la sociedad Unión Eléctrica S. A., recientemente admitida a la

negociación de un acuerdo de reestructuración, cuyo centro principal de intereses se encuentra en Colombia, pero que cuenta con una sucursal en los Estados Unidos de América. A la fecha de elaboración del presente artículo, la Superintendencia de Sociedades y el promotor estaban evaluando la entidad de los bienes ubicados en el exterior, con el fin de determinar si era necesario o no adelantar algún trámite ante las autoridades estadounidenses para vincular los bienes ubicados en dicha jurisdicción al proceso colombiano.

Mención especial y aparte merece el caso de la sociedad Aerolíneas Centrales de Colombia S. A. (Aces), que hizo parte de la Alianza Summa, conformada por dicha empresa y las aerolíneas Avianca (Aerovías Nacionales de Colombia S. A. hoy Aerovías del Continente Americano S. A.) y SAM (Sociedad Aeronáutica de Medellín S. A.). En efecto, en el año 2003 Avianca y su filial en Estados Unidos de América son aceptadas por una corte en dicho país al trámite de un proceso de reestructuración de pasivos bajo el capítulo 11 del Código de Bancarrotas o ley de quiebras de dicho país. Por su parte, en el mismo año 2003, la compañía Aces inicia el trámite de un proceso de liquidación obligatoria ante la Superintendencia de Sociedades de Colombia. Así, Avianca escoge la *lex fori concursus* que está deseando que le apliquen (*forum shopping*) y es necesaria la coordinación entre los procedimientos de reestructuración en EE. UU. y de liquidación en Colombia, lo cual no siempre es sencillo. Sin embargo, este caso amerita un estudio mucho más profundo, que no es objeto del presente artículo (Smith, Gambrell & Russell, LLP - Attorneys at Law, sin fecha, *The Avianca Miracle – An innovative approach to a multinational reorganization*).

Como puede observarse, anteriormente las autoridades colombianas quedaban sin herramientas jurídicas para hacer frente a los casos de insolvencia transfronteriza de una manera adecuada, en muchas ocasiones; esto se ha solucionado en parte con la incorporación de la ley modelo de la CNUDMI al ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, como se expone en los casos propuestos, especialmente en el de Sicolsa, tales normas no otorgan todas las soluciones a las situaciones que se presentan en la práctica.

f. ASPECTOS DE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA NO REGULADOS POR LA LEY 1116 DE 2006

Con base en lo ya expuesto, es claro que dentro de los aspectos no regulados por la ley modelo de la CNUDMI sino por el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentran los siguientes:

- Ausencia de definición de los supuestos de configuración de una situación de insolvencia, aplicables por igual en distintos Estados.
- Ausencia de delimitación sobre tipo de entes respecto de los cuales aplica o no, con criterios uniformes para varios países.
- Facultades y atribuciones del tribunal o autoridad competente para adelantar el proceso de insolvencia iguales para distintos Estados.
- Reglas únicas sobre legitimación de acreedores para solicitar el inicio de un proceso de insolvencia, distintas a las establecidas a favor del representante extranjero y el tribunal extranjero.
- Precisión sobre los efectos del inicio de un proceso de insolvencia, tanto para deudores como para acreedores.
- Precisión sobre formalidades y contenido de los acuerdos de recuperación del deudor.
- Precisión sobre etapas y reglas de los procesos de liquidación del patrimonio del deudor.
- Etcétera.

Como puede observarse, todos los aspectos anteriormente mencionados están encaminados a demostrar que las normas de la ley modelo de la CNUDMI versan sobre aspectos meramente procedi-

mentales. En efecto, dichas normas simplemente están encaminadas a que los aspectos sustantivos de la insolvencia se sigan rigiendo por lo dispuesto en cada derecho interno, y lo que persiguen es que, para aquellos Estados que adopten las disposiciones de la ley modelo sea más fácil la cooperación y colaboración entre las distintas autoridades; de esta manera, el reconocimiento de procesos extranjeros, bien sean principales o no, y con las sutiles diferencias que tal categorización implica, tiene efecto respecto de los bienes y acreedores del país que ha reconocido la existencia de tales procesos extranjeros.

La ley modelo de la CNUDMI nunca va a resolver las inquietudes que se presentan de fondo sobre cómo afrontar los diversos conflictos de intereses que surgen entre deudor y acreedores, acreedores entre sí, socios, etc., en el marco de los procesos de insolvencia, pues para el efecto dispone que el ordenamiento jurídico del país donde se adelanta el proceso dentro del cual se está suscitando la controversia, es el encargado de solucionar la situación; pero si eventualmente se presenta conflicto entre los procesos de distintos países, la ley modelo llama a la cooperación y la colaboración como mecanismos de solución de los conflictos y otorga amplio margen de maniobra a los países para apartarse de ella a fin de darle prelación a su proceso local, si así llega a considerarse necesario. Inclusive, la misma CNUDMI es consciente de los problemas de su ley modelo sobre insolvencia transfronteriza, que la han llevado a trabajar en documentos que expliquen en mayor detalle cómo puede darse cabo tal cooperación y coordinación, de lo cual es reflejo el documento A/CN.9/WG.V/WP.86, en el cual el Grupo de Trabajo V (régimen de insolvencia) de la CNUDMI presenta un proyecto de notas de su 36.º período de sesiones, realizado en Nueva York del 18 al 22 de mayo de 2009, sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza. Dicho documento da guías a los Estados sobre cuáles son las formas de cooperación que pueden utilizar y profundiza una figura denominada acuerdos transfronterizos (también llamados contratos de administración de la insolvencia, acuerdos de cooperación y avenencia o memorandos

de entendimiento), que ha venido siendo utilizada recientemente para dar solución a los problemas prácticos que no resuelven las normas sobre insolvencia transfronteriza, y cuyo tratamiento amerita un estudio profundo (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, sin fecha, *Documentos del Grupo de Trabajo V*).

Por lo tanto, si bien la ley modelo de la CNUDMI constituye un avance importantísimo en cuanto a la incorporación de Colombia dentro del espectro del derecho comercial internacional, no es la panacea en el tratamiento del tema de la insolvencia transfronteriza como algunos tratan de mostrarla. Por el contrario, aún queda mucho camino por recorrer, en donde la Unión Europea lleva una muy buena ventaja.

De hecho, el Reglamento N.º 1346 de 2000 del Consejo de la Unión Europea está muy por delante de lo que establece la ley modelo de la CNUDMI. Para el efecto, los interesados en profundizar en el tema, pueden consultar lo expuesto por diversos autores, entre los que se cuentan Calvo Caravaca & Carrascosa González (2005), Candelario Macías (2005), Cubillos (2004), Esplugues Mota (2006), y Virgós Soriano & Garcimartín Alférez (2004).

En efecto, dicha normatividad surge dentro del marco de un “[...] mercado común en el que son cada vez más frecuentes las insolvencias transfronterizas y, por tanto, es necesario adoptar una normativa común para coordinar las medidas a tomar respecto del patrimonio del deudor insolvente y ante la posibilidad de que este aproveche el distinto tratamiento que se le daría en los diversos Estados miembros (*forum shopping*)” (Candelario Macías, 2005, p. 437).

Así, en cuanto a las teorías esgrimidas para el tratamiento de la insolvencia, el Reglamento 1346/2000 no ha escogido entre un concurso único y universal y una pluralidad de concursos de naturaleza territorial, sino que adoptó una postura ecléctica o mixta, pues se prevén ambos tipos de procedimientos, universales y territoria-

les, de acuerdo con lo expuesto por Candelario Macías (2005). El mencionado reglamento establece que un procedimiento abierto en un Estado miembro despliega sus efectos en el territorio de todos los Estados vinculados a este mismo reglamento y que el reconocimiento de los efectos del procedimiento en los demás Estados es automático, por ministerio de la ley, sin necesidad de exequátur porque no depende de publicación. Los bienes situados fuera del Estado de apertura quedan incluidos en la masa y sometidos al procedimiento. No obstante, este principio de universalidad se matiza con la posibilidad de iniciar otros procedimientos a nivel nacional, cuyo objeto son exclusivamente aquellos bienes situados en Estados miembros distintos de aquel en el que se inicia el procedimiento principal. Estos procedimientos nacionales, que tienen una subclasificación en secundarios y territoriales, no pueden examinar la insolvencia del deudor, pues esta se rige por los criterios del procedimiento principal; dichos procedimientos nacionales son solo procedimientos de liquidación. El procedimiento principal será aquel del Estado en que se sitúe el centro de los intereses principales del deudor (Candelario Macías, 2005).

Como puede observarse, esta posición ecléctica del Reglamento 1346/2000 es muy distinta de la asumida por la ley modelo de la CNUDMI, pues la Unión Europea da una clara preponderancia al procedimiento principal, del cual dependen los procedimientos nacionales, mientras que la ley modelo de la CNUDMI no es tan clara al respecto, pues no hace depender necesariamente los unos de los otros. En la Unión Europea hay una clara coordinación y subordinación de los procedimientos secundarios al proceso principal. Así, en contravía a lo que expresa Candelario Macías (2005), Calvo Caravaca & Carrascosa González (2005) señalan que “[...] el reglamento no crea, realmente, una «vía mixta», o un «modelo intermedio» sobre la regulación jurídica de la insolvencia transfronteriza, [sino que] sigue un «sistema de universalidad mitigada» de los procedimientos de insolvencia o, si se prefiere, de una «universalidad modificada»” (Calvo Caravaca & Carrascosa González, 2005, pp. 505-507).

Las diferencias entre la ley modelo de la CNUDMI y la regulación europea se ratifican cuando se observa lo dispuesto por el reglamento europeo sobre la legislación aplicable, pues si bien no establece un derecho sustantivo uniforme a aplicar por todos los Estados miembros, sí establece una única norma de conflicto, al disponer que se aplicará la ley del Estado miembro en cuyo territorio se abra el procedimiento, salvo algunas excepciones expresamente establecidas. (Candelario Macías, 2005). La ley modelo de la CNUDMI en ningún momento llega a establecer de manera tan clara tal norma única de conflicto.

Igual ocurre con la figura del síndico, quien es el encargado de liderar el proceso de insolvencia. El síndico del proceso principal tiene atribuciones de alcance territorial transfronterizo, con la que puede ejercer todas sus funciones en otro Estado miembro mientras no se inicie un procedimiento secundario (Candelario Macías, 2005). El representante extranjero de la ley modelo de la CNUDMI solo puede intervenir en otro Estado si es expresamente facultado por el mismo para el efecto por el tribunal de dicho Estado.

En cuanto a los acreedores, el reglamento de la Unión Europea dispone que todo acreedor, con independencia de dónde tenga su domicilio, sede o residencia habitual dentro de la Unión, tiene derecho a hacer valer sus pretensiones sobre el patrimonio del deudor en todos los procedimientos principales o secundarios pendientes en la Unión (Candelario Macías, 2005).

De esta forma, como bien lo exponen Calvo Caravaca & Carrascosa González (2005), “[...] el Reglamento 1346/2000 es uno de los frutos más destacables del proceso conocido por la doctrina como la ‘comunitarización del Derecho internacional privado’ [...] Por tanto, el Derecho internacional privado español es cada vez más, Derecho internacional privado comunitario. Y el Reglamento 1346/2000 es buena prueba de ello” (Calvo Caravaca & Carrascosa González, 2005, pp. 485-487).

Así, “[...] ante las varias opciones posibles, el Reglamento 1346/2000 ha desechado la vía de elaborar un *Derecho material concursal comunitario* (=‘unificar’ o ‘armonizar’ la *normativa concursal material de los Estados miembros*) [pero] ha elegido, pues, otra vía: crear un *Derecho internacional privado concursal comunitario* (*pluralistisches Modell*). De este modo, cada Estado conserva su *Derecho concursal propio*, que es, lógicamente, diferente de país a país. Pero se unifican las reglas que señalan los órganos competentes para abrir el procedimiento de insolvencia (=competencia judicial internacional), las reglas que determinan la ley aplicable al concurso (=derecho aplicable), y reglas que fijan las condiciones para que las decisiones nacionales en materia concursal surtan efectos en los demás países comunitarios (=validez extraterritorial decisiones en materia de procedimientos de insolvencia)” (Calvo Caravaca & Carrascosa González, 2005, pp. 488-489).

De esta forma, la reglamentación de la Unión Europea realmente es una estructura más adecuada para conseguir los fines que se propone la Ley modelo de la CNUDMI, pues si bien ha tenido algunos problemas en su implantación práctica (Veiga Copo, 2009), en verdad introduce seguridad jurídica en los casos de insolvencia comunitaria, respeta la diversidad legislativa concursal de cada país, y logra una disminución de los comportamientos oportunistas de acreedores y deudores y de los Estados comunitarios (Calvo Caravaca & Carrascosa González, 2005). En particular, se resalta el asunto de la seguridad jurídica, pues es la principal falla encontrada en el sistema propuesto por la ley modelo de la CNUDMI, pues ante la disyuntiva de crear una normatividad más clara o respetar la autonomía de los Estados en la aplicación de la normatividad propuesta, la CNUDMI escoge esta última opción, muy respetuosa de las decisiones de cada Estado, pero que va en contravía de la formulación de reglas completamente claras e inmodificables. Obviamente, esta posición de la CNUDMI encuentra explicación en el grado de cohesión de los Estados miembros de la Unión Europea frente a la posición que la CNUDMI ostenta de cara a los Estados a los cuales inicialmente se destina la ley modelo y que incluso participan en su redacción. El reglamento de la Unión Europea nunca aplica para casos extra-

comunitarios ni para casos estrictamente nacionales, sino sólo para casos comunitarios, mientras que la ley modelo de la CNUDMI tiene una vocación mucho más universal. Es claro, pues, que la explicación a las decisiones de la CNUDMI indiscutiblemente atraviesa por conceptos como la soberanía y el poder político (Center on Law and Globalization, sin fecha, *UNCITRAL's Challenges When Creating Global Insolvency Norms*).

4. CONCLUSIONES

Con base en lo anterior, es necesario concluir que el fenómeno de la insolvencia transfronteriza cada vez adquiere más relevancia en los ámbitos económico y jurídico. Debido a ello, el ordenamiento jurídico colombiano toma una decisión adecuada al incorporar la ley modelo de la CNUDMI sobre el tema en la Ley 1116 de 2006 o Nuevo Régimen de Insolvencia Empresarial.

Sin embargo, aquí se estima que los más importantes doctrinantes nacionales sobre insolvencia y, en particular, con ocasión de la expedición de la Ley 1116 de 2006, no han sido lo suficientemente críticos de las normas sobre insolvencia transfronteriza incorporadas en dicha ley.

Es por eso que se resalta la inclusión de dichas normas como un muy buen paso (no el primero, pues la historia sobre el tema en Colombia comienza mucho tiempo atrás), que permite atraer inversión extranjera, facilitar las relaciones comerciales con nacionales de otros países y, en general, adentrar al país dentro de un esquema de globalización de la economía y del Derecho. Sin embargo, la propuesta es que no se asuma la incorporación de la ley modelo de la CNUDMI como el culmen o cénit de las aspiraciones del ordenamiento jurídico colombiano en materia de insolvencia transfronteriza, pues hay estadios de mayor evolución que ya se conocen.

Así, sería ideal que algún día se pueda pactar con los principales socios comerciales y vecinos una regulación como la del Reglamen-

to 1346/2000 de la Unión Europea que, incluso, para algunos de los tratadistas europeos, se quedó corta en sus logros. Eso sí, debe quedar claro que los avances en materia jurídica dependen en gran parte de como se vayan desarrollando los fenómenos económicos y no al contrario, según puede evidenciarse, por ejemplo, en el caso de la Comunidad Andina de Naciones, cuya unión es, en cierta forma, artificial, debido a que la integración se da, en un comienzo, más desde un punto de vista jurídico y político que económico. Especialmente en estos días, a pesar de contar con una integración económica importante, se ve muy remota la posibilidad de algún tipo de profundización en las relaciones de Colombia con los demás miembros de la CAN, con quienes por afinidades culturales y geográficas se debe trabajar más unidos; pero actualmente el principal factor de unión, que era el político, se encuentra ampliamente resquebrajado, por razones que no es del caso profundizar acá, aunque claramente pasan por la imposibilidad de abandono del caudillismo político en la cultura política latinoamericana, lo que impide obtener logros económicos. En esta investigación se reitera que la realidad económica es la que va a determinar con cuáles países se ha de profundizar en materia de insolvencia transfronteriza, pues solo con socios comerciales verdaderos tiene sentido tal normatividad.

Por último, se quiere resaltar las palabras del profesor Candelario Macías (2005), quien afirma: “[...] El origen del problema [sobre cuál de las teorías de tratamiento de la insolvencia transfronteriza debe ser acogida] radica en que los principios generales de la quiebra (universalidad, *par conditio creditorum*, y economía procesal) chocan con la territorialidad y soberanía estatal en las quiebras internacionales” (Candelario Macías, 2005, p. 450). En efecto, el fenómeno de la insolvencia y, aún más específicamente, el de la insolvencia transfronteriza, está dotado de unas características tan especiales, que es considerado el campo propicio para empezar a labrar en materia de Derecho comercial el concepto de un Derecho comercial global, enemigo de la figura de la soberanía de los Estados, que ha conducido a la configuración del Derecho Internacional actualmente vigente, que tiene más en cuenta a un instrumento, como son los Estados,

que a la razón misma del Derecho, que no es otra que las personas, de acuerdo con lo expuesto por Domingo (2009). Sin embargo, dicho concepto de Derecho comercial global es una elaboración teórica, que por ahora tan solo tiene el rango de quimera amorfa en la mente del autor, que espera tratar el tema de manera científica, en próximas oportunidades.

Referencias

- Center on Law & Globalization. (Sin fecha). *UNCITRAL's Challenges When Creating Global Insolvency Norms*. Extraído el 19 julio de 2009 desde http://clg.portalxm.com/library/keytext.cfm?keytext_id=59.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (Sin fecha). *Documentos del Grupo de Trabajo V*. Extraído el 20 julio de 2009, desde http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/5Insolvency.html.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (Sin fecha). *Origen, mandato y composición de la CNUDMI*. Extraído el 8 de julio de 2009, de <http://www.uncitral.org/uncitral/es/about/origin.html>.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (Sin fecha). *Presentación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza con la guía para su incorporación al Derecho interno*. Extraído el 8 julio de 2009 desde http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/1997 Model.html.
- Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional. (Sin fecha). *Situación actual de la Ley modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza*. Extraído el 20 julio de 2009 desde http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1116 de 2006.
- Calvo Caravaca, A.L. & Carrascosa González, J. (2005). Competencia internacional y procedimientos principales de insolvencia en el Reglamento 1346/2.000. En M.I. Candelario Macías y J. Oviedo Albán (Coord.), *Derecho Mercantil Contemporáneo* (Tomo I, pp. 483-534). Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda.

- Candelario Macías, M.I. (2005). La disciplina normativa de la insolvencia en la Unión Europea. En M.I. Candelario Macías y J. Oviedo Albán (Coord.), *Derecho Mercantil Contemporáneo* (Tomo I, pp. 427-482). Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda.
- Cubillos, C.E. (2004). El procedimiento de insolvencia – Una visión comunitaria. *Revista e-mercatoria*, vol. 3, núm. 2. Consultado en página en Internet <http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen3/pdf02/procedimiento.pdf>
- Domingo, R. (2009). *El Derecho global*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana/Biblioteca Jurídica Diké.
- Durán Prieto, M.C. & Reinales Londoño, A. (2003). *Insolvencia transfronteriza*. Tesis para optar al título de abogado, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., Colombia.
- Esplugues Mota, C. (2006). Procedimientos de insolvencia transfronterizos. *Revista Seqüência*, 52, 9-34. Consultado en página en Internet <http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen3/pdf02/procedimiento.pdf>
- Isaza Upegui, A. & Londoño Restrepo, A. (2008). *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial - Ley 1116 de 2006*. (2ª. Ed.). Bogotá: Legis.
- Monroy Cabra, M.G. (2006). *Tratado de Derecho internacional privado*. (6ª. Ed.). Bogotá D.C.: Temis.
- Oviedo Albán, J. (2009). *Estudios de Derecho mercantil internacional*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez/Universidad de la Sabana.
- Rodríguez Espitia, J.J. (2007). *Nuevo régimen de insolvencia*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Smith, Gambrell & Russell, LLP - Attorneys at Law. (Sin fecha). *The Avianca Miracle – An innovative approach to a multinational reorganization*. Extraído el 23 julio de 2009 desde http://www.sgrlaw.com/resources/trust_the_leaders/leaders_issues/ttl12/872/.
- Veiga Copo, A. (2009). *La crisis económica en la Unión Europea y medidas concursales*. Conferencia pronunciada en el Seminario Internacional Crisis Económica: Análisis, Estrategias y Oportunidades, realizado por la Superintendencia de Sociedades de Colombia y la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá D.C., 10 y 11 de septiembre de 2009.

- Virgós Soriano, M. & Garcimartín Alférez, F.J. (2004). *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*. Madrid: Cívitas.
- Wessels, B. (2006). *Internacional insolvency law*. (2nd. ed.) Ámsterdam: Kluwer. (Consultado en <http://books.google.com.co/books>).
- Wilches Durán, R. E. (2008). Vacíos e inconsistencias estructurales del nuevo régimen de insolvencia empresarial colombiano. Identificación y propuestas de solución. *Revista Vniversitas*, 117, 197-218.