



Asamblea General

Distr. LIMITADA

A/CN.9/WG.V/WP.42
26 de septiembre de 1995

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA
EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
Grupo de Trabajo sobre el régimen de la insolvencia
18º período de sesiones
Viena, 30 de octubre a 10 de noviembre de 1995

INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA

Posibles cuestiones relativas a la cooperación judicial y al acceso a los tribunales y el
reconocimiento de las actuaciones en los casos de insolvencia transfronteriza

ÍNDICE

	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I. OBSERVACIONES GENERALES SOBRE LOS ANTECEDENTES	4
CAPÍTULO II. POSIBLES FACTORES DECISIVOS PARA EL ACCESO A LOS TRIBUNALES Y EL RECONOCIMIENTO DE LAS ACTUACIONES	7
A. Competencia	7
B. Actuaciones extranjeras emanadas de países especificados	8
C. Arbitrio judicial	8
D. Tipos de procedimiento comprendidos	8
E. Tipo de deudor	9
F. Facultades del representante extranjero	10
G. Consideraciones de orden público	10
CAPÍTULO III. EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO	10
A. Posibles enfoques legislativos	11
1. Enumeración pormenorizada de los efectos	11

2.	Efectos del reconocimiento con referencia a la ley aplicable	12
a)	El reconocimiento conlleva efectos del derecho extranjero en materia de insolvencia	12
b)	El reconocimiento desencadena la aplicación del derecho local	13
c)	Selección de la ley a criterio del tribunal reconociente	13
3.	Discrecionalidad del tribunal en la determinación de los efectos del reconocimiento	13
4.	Exclusión de ciertos tipos de activo	13
5.	Aspectos procesales de la concesión del reconocimiento	14
CAPÍTULO IV. PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA SECUNDARIOS		14
A.	Posibles vínculos con el procedimiento principal extranjero	15
1.	Restricción de la competencia	15
2.	Limitación del derecho de los acreedores a pedir la apertura de un procedimiento de insolvencia secundaria	16
3.	Limitación de los derechos de los acreedores a cobrar en el procedimiento de insolvencia secundaria	16
B.	Actuaciones auxiliares al servicio del procedimiento principal extranjero	18
CAPÍTULO V. ACCESO A LOS TRIBUNALES DEL REPRESENTANTE DE LA INSOLVENCIA EXTRANJERA		19
CAPÍTULO VI. COOPERACIÓN JUDICIAL		20
A.	Aprobación de protocolos especiales	20
B.	Comunicación judicial	20
CAPÍTULO VII. OTRAS CUESTIONES		20
A.	Deber de informar a los acreedores	21
B.	Deber de comunicarse información entre los administradores	21

INTRODUCCIÓN

1. El Grupo de Trabajo sobre el régimen de la insolvencia inicia su labor en el actual período de sesiones, a raíz de la decisión adoptada por la Comisión en su 28º período de sesiones (Viena, 2 a 26 de mayo de 1995), de iniciar la preparación de un instrumento jurídico sobre la insolvencia transfronteriza¹.

2. La Comisión decidió iniciar su labor en el campo de la insolvencia transfronteriza a raíz de las sugerencias que se le hicieron particularmente durante el Congreso de la CNUDMI, "Un Derecho Mercantil Uniforme para el Siglo XXI" (celebrado en Nueva York en ocasión del 25º período de sesiones, del 18 al 22 de mayo de 1992) por letrados directamente interesados en este problema. En su 26º período de sesiones la Comisión decidió seguir dando curso a sugerencias². Posteriormente, a fin de evaluar la conveniencia y viabilidad para emprender una tarea en esta esfera, y para deslindar lo mejor posible al alcance de esa labor, la CNUDMI y la Asociación Internacional de Profesionales Encargados de la Insolvencia (INSOL) celebraron un Coloquio relativo a la insolvencia transfronteriza (Viena, 17 a 19 de abril de 1994), en el que participaron, procedentes de muchos países, profesionales de diversas ramas de la abogacía especializados en insolvencia, jueces, administradores públicos y representantes de otros sectores interesados, así como representantes de institutos crediticios³.

3. El primer Coloquio CNUDMI-INSOL sugirió que la labor de la Comisión se limitara, en esta fase inicial, al objetivo de facilitar la cooperación judicial, el acceso de los síndicos extranjeros de la quiebra a los tribunales y el reconocimiento de las actuaciones procesales extranjeras en esta esfera (cuestiones designadas en "cooperación judicial" y "acceso a los tribunales") y reconocimiento (de las actuaciones)". Quedó entendido que esto no abarcaría ningún intento de unificación sustantiva del régimen de la insolvencia, objetivo que se tiene en general por inalcanzable, cuanto menos en el momento presente. Se sugirió también que se celebrara una reunión internacional de jueces para recabar en ella sus pareceres sobre la labor de la Comisión en esta esfera. La Comisión recibió con agrado esas sugerencias en su 27º período de sesiones⁴.

4. Posteriormente, tuvo lugar del 22 al 23 de marzo de 1995 en Toronto el Coloquio Judicial CNUDMI-INSOL sobre insolvencia transfronteriza. Con este Coloquio se pretendía que la Comisión tuviera conocimiento al iniciar su labor sobre la insolvencia transfronteriza de los pareceres de los jueces y administradores públicos que se ocupan de la legislación en materia de insolvencia sobre la cuestión de la cooperación judicial en los casos de insolvencia transfronteriza y las cuestiones conexas del acceso a los

¹ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 28º período de sesiones (1995), Documentos oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento N°17 (A/50/17), párrs. 382 a 393.

² Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 26º período de sesiones (1993), Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento N°17 (A/48/17), párrs. 302 a 306. La nota de información que sirvió de base para las deliberaciones de la Comisión durante su 26º período de sesiones está recogida en el documento A/CN.9/378/Add.4.

³ El Informe sobre el Coloquio CNUDMI-INSOL relativo a la insolvencia transfronteriza presentado por la Secretaría a la Comisión en su 26º período de sesiones (1994) se reproduce en el documento A/CN.9/398.

⁴ Informe de la Comisión de las Naciones para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 27º período de sesiones (1994), Documento Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento N°17 (A/49/17), párrs. 215 a 222.

tribunales y el reconocimiento de las actuaciones⁵. El Coloquio Judicial determinó por consenso que sería conveniente que la Comisión elaborara un marco legislativo, por ejemplo en forma de disposiciones modelo, para la cooperación judicial y que en ese texto se incluyeran disposiciones sobre el acceso a los tribunales y el reconocimiento de las actuaciones.

5. La Comisión, al tomar nota de las opiniones expresadas en el Coloquio Judicial, observó que el Grupo de Trabajo examinaría una serie de asuntos planteados en el Coloquio relativos al alcance, a los enfoques y los efectos que podría tener el texto jurídico que se prepararía. La Comisión manifestó un particular interés ante la posibilidad de que el marco jurídico que se elaborase para la cooperación judicial y el acceso y el reconocimiento comprendiera un "menú de opciones" para los legisladores por lo que se refiere a ciertos aspectos. Ese método del "menú" reflejaría la realidad de que no sólo existían diferencias perceptibles entre los Estados en cuanto a los aspectos sustantivos de sus regímenes de la insolvencia, sino además de que los Estados diferían en la medida y las modalidades de la cooperación judicial y el acceso y el reconocimiento que estarían dispuestos a acordar en su legislación. Al mismo tiempo, dado que en muchos Estados faltan en general disposiciones de esa índole, cabe prever que incluso las opciones menos ambiciosas del menú confeccionado por la Comisión pueden comportar una mejora apreciable de la presente situación. No obstante, es preciso observar que las opciones expuestas en la presente nota se someten a la consideración del Grupo de Trabajo para que puedan expresar sus preferencias individuales.

6. La presente nota se propone servir como lista esquemática anotada de las cuestiones y de las posibles soluciones que pueden figurar en el instrumento que prepare la Comisión. La nota no pretende ser exhaustiva y se prevé que en el debate se suscitarán cuestiones que no se tratan en ella. Además, la Secretaría prosigue su proceso de consultas con profesionales y otros círculos interesados como por ejemplo por conducto de INSOL y el Comité J de la Sección de Derecho Mercantil de la Asociación Internacional de la Abogacía (IBA), cuyos resultados se podrán presentar a la atención del Grupo de Trabajo durante el período de sesiones.

I. OBSERVACIONES GENERALES SOBRE LOS ANTECEDENTES

7. En la preparación de la presente nota y en la selección las cuestiones en ellas tratadas, la Secretaría ha tomado en cuenta y aprovechado anteriores esfuerzos e instrumentos en los planos nacional y regional que se ocupan de la cooperación judicial y del acceso a los tribunales y el reconocimiento de las actuaciones. En el plano regional y multilateral, figuran entre ellos el Convenio de Derecho Internacional Privado de La Habana, de 1928 ("Código Bustamante"), los dos Tratados de Derecho Comercial Terrestre Internacional, 1889 y 1940 ("Tratados de Montevideo"), la Convención entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia relativa a la quiebra ("Convención de los Estados Nórdicos sobre la Quiebra", 1933, modificada en 1977 y 1982), la Convención Europea sobre ciertos aspectos internacionales de la quiebra ("Convención de Estambul" de 5 de junio de 1990 (aún no vigente)), y el Proyecto de Convención sobre procedimientos de insolvencia de la Unión Europea, de 1992 ("Proyecto de la Unión Europea"), así como la Ley Modelo de Cooperación Internacional en materia de Insolvencias (MIICA) preparada por el Comité J de la Sección de Derecho Mercantil de la IBA⁶.

⁵ El informe sobre el Coloquio Judicial presentado por la Secretaría a la Comisión en su 28º período de sesiones (1995) figura en el documento A/CN.9/413.

⁶ Para más información acerca de los instrumentos regionales y multilaterales mencionados, véase la nota de la Secretaría en el documento A/CN.9/378/Add.4.

8. La secretaría se ha orientado en su selección de cuestiones para la presente nota por las que se tratan en los instrumentos mencionados, así como en disposiciones legislativas nacionales referentes a la insolvencia transfronteriza. La secretaría dispuso también de un proyecto de estudio de las legislaciones nacionales y los esfuerzos en materia de tratados multilaterales en esa esfera preparado por un comité de expertos reunido por la INSOL.

9. En el documento se resumía el marco jurídico existente en función del cual deben resolverse los casos de insolvencia transfronteriza. Ese marco se caracterizaba por la diversidad y a menudo la incompatibilidad de los criterios jurídicos, en concreto el grado de discrecionalidad que tienen los jueces en ausencia de facultades legales. Esa situación puede comprometer, en un caso determinado la aplicación de un plan de liquidación o de reorganización que maximice el valor de los activos del deudor y salve el mayor número posible de puestos de trabajo. Por ejemplo, algunos Estados observan el principio de la "territorialidad", en virtud del cual puede denegarse el reconocimiento de las actuaciones extranjeras sobre insolvencia y se puede hacer valer el control de los activos nacionales, mientras que los Estados que son parte en tratados bilaterales o multilaterales pueden verse obligados a aplicar criterios encaminados a establecer un régimen único o común para la administración de la insolvencia (por ejemplo, a los tratados de Montevideo de 1889 y 1940, la Convención de los Estados Nórdicos) relativa a la Quiebra o a armonizar regímenes concurrentes.

10. En el informe se describe la legislación vigente en un número limitado de Estados que regula específicamente la cooperación judicial y el acceso a los tribunales y el reconocimiento de las actuaciones en el contexto de la insolvencia. Esa legislación difiere en el grado en que la cooperación y la asistencia tienen carácter imperativo o están sujetas a la discreción del tribunal requerido. Por ejemplo, en un país el reconocimiento y la asistencia son imperativos respecto de las actuaciones que iniciadas en ciertos países especificados, medida basada en una evaluación de la naturaleza de las actuaciones judiciales llevadas a cabo en esos otros países. Otro enfoque es autorizar la cooperación y la asistencia, pero dejar su alcance real a la discreción del tribunal.

11. También se describían diversas técnicas y conceptos aplicados en el contexto de la cooperación judicial, el acceso a los tribunales y el reconocimiento de las actuaciones en particular, en ausencia de un marco legislativo o convencional específico. Entre estas técnicas figuran: la aplicación de la doctrina de la cortesía internacional por los tribunales de derecho anglosajón; la emisión con fines equivalentes de mandamientos habilitantes (*exequatur*) en las jurisdicciones de tradición romanística; la concertación de protocolos especiales para establecer la cooperación entre las jurisdicciones afectadas por un caso de insolvencia transfronteriza y para facilitar la administración transfronteriza; la ejecución de mandamientos de insolvencia en el extranjero mediante legislación general sobre reconocimiento de sentencias y procedimientos extranjeros como los exhortos (comisiones rogatorias) enviados por jurisdicciones extranjeras. Se observó además que era poco probable que los enfoques basados meramente en la doctrina de la cortesía internacional o en el método del *exequatur* proporcionaran el mismo grado deseable de predecibilidad y fiabilidad que un marco legislativo expreso para la cooperación judicial y el acceso a los tribunales y el reconocimiento de las actuaciones.

12. Se informó de que, aunque hay excepciones, la legislación general sobre reconocimiento recíproco de sentencias, inclusive las leyes sobre *exequatur*, puede en conjunto considerarse particularmente impredecible en su aplicación a los casos de insolvencia transfronteriza. Ocurre así porque esos procedimientos pueden circunscribirse en un determinado ordenamiento jurídico a la ejecución de sentencias o mandamientos prohibitivos sobre cantidades determinadas y no abarcar los procedimientos colectivos típicos de la insolvencia. Además, cabe considerar que el reconocimiento de actuaciones extranjeras en materia de insolvencia, por ejemplo con el fin de prestar auxilio a su ejecución no importa necesariamente el reconocimiento de una "sentencia".

13. Por el contrario, las decisiones o los mandamientos de un tribunal extranjero podrían ser ejecutados sólo si se considerasen definitivos y vinculantes conforme al derecho de la jurisdicción en que se dictan y si no se estimasen inejecutables. Una decisión extranjera puede finalmente no ser ejecutada cuando, por ejemplo, el tribunal requerido decide que el tribunal extranjero no era competente conforme a los principios de la ley del primero, si no se notifica como corresponde al deudor en el procedimiento extranjero, si la ejecución fuese incompatible con una decisión previa o con actuaciones en curso en el Estado requerido o en caso de conflicto con disposiciones de orden público.

14. Según se informó, la perspectiva de utilizar con buen éxito, para el reconocimiento de actuaciones extranjeras en materia de insolvencia, las leyes sobre reconocimiento recíproco de sentencias se veía además limitada por la posibilidad de que las declaraciones o mandamientos de un tribunal en el contexto de la insolvencia pudieran considerarse como declaraciones en materia de capacidad civil o personalidad jurídica formuladas en ejercicio del poder del Estado y no como sentencias o mandamientos verdaderos, concebidos como posible objeto de la legislación sobre reciprocidad. Pueden plantear aún obstáculos conceptuales si el procedimiento de insolvencia cuyo reconocimiento se procura fue iniciado voluntariamente por el deudor.

15. El informe, así como las consultas que la secretaría ha celebrado con profesionales y otros círculos directamente interesados en la insolvencia transfronteriza, indican que la labor de la Comisión, sin ser tan ambiciosa que aspire a la unificación sustantiva del derecho sobre la insolvencia, podría hacer una aportación práctica a la satisfacción de diversas necesidades. La posible utilidad del trabajo de la Comisión se ve además subrayada por el constante aumento del número de casos de insolvencia transfronteriza, subproducto natural de la rápida mundialización de la actividad económica actualmente en curso.

16. Las necesidades mencionadas afectan a diversos individuos o entidades, inclusive: al deudor que tiene interés en ser protegido de las acciones de los diversos acreedores y, tal vez, en el rescate y la rehabilitación del negocio; a los acreedores ordinarios, que podrían cobrar el máximo de sus créditos en la medida en que pudiera instituirse la cooperación transfronteriza en sustitución de la "carrera hacia los tribunales"; a los empleados del deudor, cuyo interés consiste en que se les paguen los sueldos y salarios que se les deben y en aumentar al máximo la posibilidad de salvar el negocio, y con él sus empleos; a los acreedores privilegiados, que desean que se reconozcan y ejecuten sus garantías; a los gobiernos, interesados no sólo en hacer efectivas sus reclamaciones sino también en proteger los puestos de trabajo y asegurar a los inversionistas que el ordenamiento jurídico aplicable tendrá cierto grado de predecibilidad y ofrecerá la posibilidad de hacer respetar sus derechos; a los tribunales, que necesitan de un marco jurídico apropiado para hacer frente a la insolvencia transfronteriza; y a los administradores de la insolvencia, cuya eficacia requiere un marco legal predecible y eficaz.

17. Al mismo tiempo, los antecedentes de casos de insolvencia transnacional, así como los coloquios y las consultas celebrados por la secretaría, muestran claramente que los Estados difieren en la medida y la manera en que admiten la cooperación judicial y el acceso a los tribunales y el reconocimiento de las actuaciones con objeto de satisfacer esas necesidades en un contexto transfronterizo. Esto nace de factores entre los que figuran las diferencias entre los ordenamientos jurídicos en cuanto al grado de discrecionalidad otorgada a los tribunales y la medida en que se atiende a nociones tradicionales de territorialidad del derecho sobre la insolvencia.

18. Antes de proceder al examen detallado de las cuestiones, puede ser útil recapitular la manera cómo pueden entenderse ciertas expresiones básicas utilizadas en la presente nota. La mayoría de los ordenamientos jurídicos contienen normas sobre diversos tipos de procedimiento que cabe iniciar cuando un deudor no puede pagar sus deudas. "Procedimiento de insolvencia" es la expresión general utilizada en la presente nota para los procedimientos de ese tipo. Pueden distinguirse dos tipos de procedimiento de insolvencia, para los cuales no ha llegado a configurarse una terminología uniforme.

19. En uno de estos tipos de procedimiento (denominado en adelante "liquidación"), una autoridad pública, por lo común un tribunal, que suele actuar mediante un funcionario designado al efecto (al que aquí se hace referencia como "administrador" o, en ciertos contextos, "representante de la insolvencia"), se hace cargo de los activos del deudor insolvente con miras a transformar los de carácter no monetario en una forma monetaria, distribuir proporcionadamente el producto entre los acreedores y, al final del procedimiento, liquidar al deudor como entidad comercial. En algunos Estados este es el único tipo de procedimiento utilizado. Otros términos que se usan a menudo para este tipo de procedimiento son, por ejemplo, *bankruptcy*, *winding-up*, *faillite*, "quiebra", *Konkursverfahren*. Cabe observar, sin embargo, que términos tales como "quiebra" pueden entenderse en un sentido amplio que abarque también el procedimiento concordatario descrito en el párrafo siguiente.

20. Existe como solución alternativa al procedimiento de liquidación otro tipo de procedimiento (denominado en adelante "composición"). La finalidad del procedimiento alternativo no es liquidar al deudor insolvente sino permitirle superar la crisis financiera y reanudar su participación normal en el comercio. Ese procedimiento, que también generalmente se lleva a cabo bajo la supervisión de un tribunal, suele tener por fin el alcanzar un convenio, o concordato, entre el deudor y sus acreedores sobre las medidas de alivio que han de permitir al deudor reorganizarse y restaurar su viabilidad comercial. El alivio puede ser en forma, por ejemplo, de remisión parcial o quita en los créditos contra el deudor, espera o dilación en los pagos, o renegociación de las obligaciones que pesan sobre el deudor. Mientras se negocia ese alivio, el deudor goza de protección contra las acciones ejecutivas de los acreedores sobre sus activos. Existe la posibilidad de iniciar un procedimiento concordatario durante el procedimiento de liquidación. Otros términos utilizados para este tipo de procedimiento de insolvencia son, por ejemplo, reorganización, convenio o concordato, *concordat préventif de faillite*, suspensión de pagos, administración judicial de empresas, *Vergleichsverfahren*.

21. Para que se pueda iniciar un procedimiento de insolvencia, suele ser necesario un mandamiento judicial. La iniciativa de abrir ese procedimiento puede ser adoptada por el mismo deudor insolvente (insolvencia voluntaria) o por un acreedor o unos acreedores (insolvencia necesaria). En algunos Estados el mismo tipo de procedimiento de insolvencia se aplica a todos los comerciantes insolventes, mientras que otros emplean dos tipos de procedimiento, uno para las personas jurídicas y otro para los comerciantes que son personas naturales.

II. POSIBLES FACTORES DECISIVOS PARA EL ACCESO A LOS TRIBUNALES Y EL RECONOCIMIENTO DE LAS ACTUACIONES

22. Las cuestiones sugeridas en la presente y en la siguiente sección se centran en algunos de los principales problemas que una legislatura nacional acostumbra tener que resolver cuando se propone promulgar disposiciones legales acerca de la cooperación en la esfera de la insolvencia transfronteriza. Las sugerencias tratan de indicar cómo cabría estructurar unas disposiciones modelo de modo que resultaran atractivas para los legisladores nacionales.

A. Competencia

23. Cuestión básica en muchos ordenamientos es determinar qué factor vinculante debe existir entre el deudor y el Estado en que se abrió un procedimiento de insolvencia respecto de ese deudor, para que haya de considerarse justificado el reconocimiento de ese procedimiento en otro país. A causa de esos ordenamientos, habría que abordar esta cuestión (denominada a veces "competencia indirecta") en la elaboración de disposiciones modelo sobre el reconocimiento de los procedimientos de insolvencia extranjera.

24. Se puede imaginar una serie de posibles factores vinculantes, a saber: domicilio, residencia habitual, sede de la oficina registrada de una sociedad, establecimiento principal, centro de los principales intereses del deudor y ubicación de los activos.

25. Una clara respuesta a la pregunta sobre el factor vinculante decisivo se encuentra en el párrafo 1 del artículo 166 de la ley federal suiza sobre el Derecho Internacional Privado (LDIP), donde se dispone que un procedimiento de insolvencia extranjero sólo puede ser reconocido si se inició en el Estado donde el deudor tiene su domicilio (párrafo 1 del artículo 166) o, en el caso de una sociedad, donde el deudor tiene su sede (párrafo 1 del artículo 166, en combinación con el artículo 21).

26. La ventaja de este enfoque es la certidumbre jurídica que se consigue mediante su aplicación. Un inconveniente, empero, puede hallarse en la aparente falta de espacio para hacer ajustes en casos excepcionales, en que la aplicación del criterio preconstituido del "centro de gravedad" (es decir, el domicilio, la sede) no llevase, debido a circunstancias concretas, a resultados razonables.

27. Una solución de compromiso entre la necesidad de certidumbre jurídica y la posibilidad de tomar en cuenta circunstancias concretas del caso la brinda la Convención de Estambul (artículo 4) y el proyecto de la UE (artículo 2). Ambos instrumentos definen el factor vinculante decisivo con una fórmula flexible ("centro de los principales intereses del deudor"), acompañado de una presunción para las sociedades ("en el caso de una sociedad y persona jurídica, se presumirá, a falta de prueba en contrario, que el lugar en que está registrada su oficina es el centro de sus principales intereses").

B. Actuaciones extranjeras emanadas de países especificados

28. Cabe recordar en este punto, y cuando se considera la gama de opciones que ha de reflejar la Comisión, que cierto número de ordenamientos prevén la prestación de asistencia a los procedimientos de insolvencia extranjeros de países que figuran en una lista de países "especificados" y disponen que las solicitudes de otros países extranjeros quedarán sometidas a la discreción del tribunal. Las leyes de Australia y del Reino Unido son ejemplos de una combinación de asistencia obligatoria con respecto a determinados países y asistencia discrecional a otros países no prescritos.

C. Arbitrio judicial

29. En la medida en que una ley deje la decisión de si se ha de conceder asistencia a la discreción del tribunal, ese tribunal estaría obligado, o por lo menos sería libre de hacerlo, a tomar en cuenta en el ejercicio de su discrecionalidad la cuestión del factor vinculante, por ejemplo, si la ley pide que el tribunal, en ejercicio de su discreción, tome en cuenta reglas de derecho privado internacional.

30. El artículo 304 del Código de la Quiebra de los Estados Unidos ofrece un ejemplo de ley por la que se dispone con carácter general que se preste asistencia, pero que deja cada caso al criterio del tribunal. Sirve también como ejemplo de los factores por los que éste debe guiarse. Consisten en el factor dominante de que se administre de manera económica y expeditiva el patrimonio fallido, en forma que se pueda: a) dar un justo trato a todos los titulares de derechos a ese patrimonio o contra él; b) proteger a los reclamantes en los Estados Unidos contra posibles perjuicios e inconvenientes que se deriven de la tramitación de sus pretensiones dentro del procedimiento extranjero; c) impedir enajenaciones preferenciales o fraudulentas de bienes de ese patrimonio; d) distribuir los activos del patrimonio sustancialmente de conformidad con el orden prescrito por el Código de la Quiebra de los Estados Unidos en materia de prelación de los créditos; e) la cortesía internacional; y f), si corresponde, la oportunidad para que la persona afectada por ese procedimiento extranjero pueda empezar de nuevo.

D. Tipos de procedimiento comprendidos

31. En algunos ordenamientos jurídicos se aplica un filtro que limita el reconocimiento de las actuaciones extranjeras calificables de procedimientos "de insolvencia" de acuerdo con la ley del foro (es decir, conforme al derecho del Estado donde está situado el tribunal requerido). Disposiciones de este tipo pueden tener el

efecto, por ejemplo, de que las actuaciones extranjeras (por ejemplo, un procedimiento de reorganización iniciado voluntariamente por un deudor que no está formalmente declarado en quiebra) que no entran en la definición de procedimiento de insolvencia según la ley del tribunal requerido no recibieran asistencia.

32. El ejemplo citado plantea varios aspectos de esta cuestión que el Grupo de Trabajo podría querer examinar, inclusive, si el texto que se prepare ha de distinguir entre: procedimiento de liquidación y procedimiento de reorganización; entre procedimiento voluntario, iniciado por el deudor, y el iniciado por los acreedores; entre procedimiento judicial y procedimiento administrativo; entre procedimiento en que se priva totalmente al deudor de la gestión de sus activos y "procedimientos" en que continúa en posesión de ellos; y entre aquél en el que un deudor se ha vuelto realmente insolvente y aquel en que un deudor con problemas procura evitar la insolvencia.

33. A los efectos de facilitar el examen de las cuestiones mencionadas, se reproduce la siguiente definición del artículo 101 del Código de la Quiebra de los Estados Unidos:

"(23) por 'procedimiento extranjero' se entiende el procedimiento, judicial o administrativo, comprendido o no en el derecho de la quiebra, en un país extranjero en que, al comienzo de ese procedimiento, están situados el domicilio, la residencia, el establecimiento principal o los activos principales del deudor que tiene por finalidad liquidar un patrimonio, ajustar las deudas mediante composición, espera o quita, o efectuar una reorganización."

34. La definición que figura en la MIICA (inciso b) del artículo 6) brinda una formulación alternativa, con referencia a la competencia del foro inicial expresada en términos generales y sin remitirse a determinados factores vinculantes:

" 'Proceso extranjero' será un proceso de insolvencia, bien judicial o administrativo, tramitado en un país extranjero, siempre que el tribunal u órgano administrativo extranjero que conozca de dicho proceso tenga jurisdicción sobre el deudor y su patrimonio."

El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si sería conveniente incluir en una definición otros elementos, por ejemplo, una referencia a que el procedimiento se desarrolle en beneficio colectivo de todos o de la mayoría de los acreedores.

35. Como un aspecto adicional, el Grupo de Trabajo podría estudiar cuán absoluto debería ser un requisito de que el procedimiento extranjero fuera administrado por un tribunal o tuviera carácter administrativo. Se tiene aquí presente la posibilidad de que existan en algunos derechos nacionales procedimientos de cuasiinsolvencia, de carácter contractual, iniciados por las partes mismas con miras a impedir la insolvencia.

E. Tipo de deudor

36. Se puede plantear la cuestión de si la labor de la Comisión debe abarcar tanto a los deudores que son personas jurídicas como a los que son personas físicas. Se podría objetar a la inclusión de las personas físicas que plantearía cuestiones sociales básicas y otras de carácter normativo fuera del alcance del proyecto. Al mismo tiempo, cabe pensar que excluir de su cobertura a las personas físicas limitaría mucho el alcance del instrumento jurídico que se ha de preparar, dado que no es infrecuente que personas particulares desarrollen actividades comerciales y dirijan empresas de comercio internacional importantes sin asumir ninguna figura asociativa en particular. Esto plantea a su vez la cuestión de si sería factible o, e incluso, aconsejable excluir del alcance de los trabajos las quiebras de los "consumidores".

F. Facultades del representante extranjero

37. En muchos ordenamientos se puede plantear una cuestión previa a la decisión favorable a acceder a una solicitud del representante de una insolvencia extranjera, a saber, si éste está facultado conforme al procedimiento extranjero para actuar en nombre del deudor con respecto a los activos situados en el extranjero. La definición contenida en la MICA (apartado a) del artículo 6) puede ser útil como punto de referencia:

" 'Representante extranjero' será aquella persona que, con independencia de su designación, esté facultada por las leyes de otro país fuera de esta jurisdicción para realizar funciones en conexión con un proceso tramitado en el extranjero equivalentes a las desempeñadas por un fideicomiso, liquidador, administrador, embargante, administrador judicial u otro representante de un deudor del patrimonio de un deudor en esta jurisdicción."

G. Consideraciones de orden público

38. Los Estados que prevén la cooperación en las insolvencias transfronterizas suelen reservarse el derecho a rehusar el reconocimiento en caso de incompatibilidad con su orden público. El Grupo de Trabajo quizá desee considerar la viabilidad de una disposición modelo sobre este punto. Entre los ejemplos de legislación figuran el inciso b) del párrafo 2 de la Convención de Estambul⁷, el artículo 18 del proyecto de la UE⁸ y el inciso b) del párrafo 1 del artículo 166 (en combinación con el artículo 27) de la LDIP suiza.

III. EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO

39. La siguiente gran cuestión que ha de decidir el legislador de un país deseoso de reconocer los procedimientos de insolvencia extranjeros es la de los efectos jurídicos que ese reconocimiento tendría en el "país reconociente". Diversas cuestiones se derivan de esa gran cuestión, inclusive pero no exclusivamente: ¿Queda el deudor, como consecuencia del reconocimiento del procedimiento de insolvencia extranjero, desahogado como si se hubiera abierto un procedimiento de insolvencia en los tribunales del país reconociente? ¿Qué facultades tiene el administrador extranjero en el país reconociente? ¿Cuál es la situación jurídica de los acreedores del deudor? ¿No pueden ya ejercitar sus pretensiones contra el deudor en el país reconociente? ¿Cuál es su situación si ya han entablado individualmente procedimientos judiciales contra el deudor ante los tribunales del país reconociente? ¿Existen excepciones para determinadas categorías de reclamaciones con respecto a las cuales pueden proseguir los procedimientos judiciales entablados?

⁷ "Limitaciones del ejercicio de las facultades del liquidador

2. El liquidador no podrá realizar en otra Parte un acto que sea:

b) manifiestamente contrario al orden público de esa Parte."

⁸ "Orden público

Un Estado contratante podrá rehusar el reconocimiento de un procedimiento de insolvencia o la ejecución de una sentencia dictada en el marco de ese procedimiento cuando sus efectos resultarían manifiestamente contrarios al orden público de ese Estado."

40. Es evidente que esta lista podría prolongarse considerablemente y tal vez el Grupo de Trabajo quiera examinar qué otras cuestiones se pueden añadir, teniendo presente que cabe esperar de los legisladores que presenten soluciones lo más claras posible.

A. Posibles enfoques legislativos

41. Una comparación de diversos derechos nacionales e instrumentos internacionales muestra que existen diferentes métodos para abordar el problema.

1. Enumeración pormenorizada de los efectos

42. Uno de los métodos consiste en dar una lista exhaustiva en la que, en forma pormenorizada, se enumeren todas las consecuencias atribuidas al reconocimiento del procedimiento de insolvencia extranjero, por ejemplo: los actos en relación con los activos situados en el país reconociente que el administrador extranjero está facultado para realizar, inclusive: obtener información, declaraciones de testigos y documentación de las cuentas, activos y otros aspectos pertinentes al deudor; las medidas de protección y conservación de los activos que el administrador extranjero puede adoptar (inclusive pedir la ayuda a las autoridades competentes del Estado reconociente, la entrega de bienes al administrador extranjero y la evitación de transmisiones preferenciales antes de la apertura del procedimiento de insolvencia); la condición del deudor en relación con los activos situados en ese Estado; la situación de los acreedores del deudor en relación con su derecho a ejecutar los créditos e iniciar o proseguir a título individual procedimientos judiciales contra el deudor, inclusive si el reconocimiento acarrearía una suspensión de esos procedimientos; y la cuestión de la exoneración mediante pago al deudor o al administrador extranjero.

43. El Grupo de Trabajo podría considerar otros efectos posibles, o principios con ellos relacionados, que pudieran incluirse en un enfoque enumerativo. Por ejemplo, conforme al principio denominado "*hotchpot*" (colación de pagos previos) en algunos países de tradición jurídica inglesa y en otros sitios "*marshalling*" (graduación de los activos; imputación), un acreedor que ha recibido un pago parcial en un procedimiento no puede recibir un dividendo por el mismo crédito hasta que los demás acreedores de la misma graduación o categoría hayan obtenido en ese otro procedimiento un dividendo equivalente. Ese principio, que procura hacer justicia entre los acreedores, está incorporado en varios derechos nacionales (por ejemplo, el apartado a) del artículo 508 del Código de la Quiebra de los Estados Unidos) e instrumentos internacionales (artículo 5 de la Convención de Estambul; párrafo 2 del artículo 12 del proyecto de la UE). El Grupo de Trabajo puede estudiar la viabilidad de una disposición modelo sobre este tema.

44. Un ejemplo del enfoque enumerativo se encuentra en el capítulo II de la Convención de Estambul. Esa Convención no dispone que los efectos del procedimiento de insolvencia extranjero se exporten en su integridad al Estado reconociente (como en el proyecto de la UE, descrito más adelante) ni que los efectos de la insolvencia declarada en el procedimiento extranjero (*lex concursus*) se conviertan en los efectos que una insolvencia entrañaría si se hubiera iniciado el procedimiento en el Estado reconociente (como ocurre en el derecho suizo, también descrito más adelante).

45. El sistema de la Convención de Estambul contiene por el contrario un conjunto de disposiciones (capítulo II, artículos 6 a 14) donde se asignan al administrador extranjero ciertos derechos que pueden ejercitarse en el Estado reconociente y que regulan además ciertas características de la situación jurídica de los acreedores del deudor así como de los deudores del deudor. Se dispone, por ejemplo (artículo 8) que el administrador extranjero puede adoptar, de conformidad con la ley local, medidas para proteger o conservar el valor de los activos del deudor, inclusive pedir asistencia a ese efecto a las autoridades locales competentes. El administrador puede realizar o hacer realizar cualquier acto para administrar o gestionar los activos del deudor o disponer de ellos, inclusive sacándolos de ese país (artículo 10). El derecho a iniciar o proseguir a título individual acciones judiciales contra los activos del deudor se atribuye (artículo 11) sólo a ciertas

categorías de acreedores (créditos derivados de la explotación de un establecimiento del deudor en ese país o de un empleo en él). La lista contiene también una disposición sobre el pago o la entrega de activos al administrador extranjero o al deudor (artículo 13).

46. Las ventajas o desventajas de ese sistema no han podido aún ponerse a prueba en la práctica porque la Convención no ha entrado aún en vigor. Puede, sin embargo, que dos aspectos de la Convención de Estambul en particular pueden afectar su destino final. El primer punto es que este sistema confiere, por una parte, ciertos derechos al administrador extranjero para actuar en nombre del deudor en relación con los activos locales de éste, pero, por otra, no priva al deudor del derecho a disponer de sus activos locales. El segundo punto es que las facultades concedidas al administrador extranjero por el artículo 10 (administrar o gestionar los activos del deudor o disponer de ellos) quedan suspendidas durante dos meses contados a partir de la publicación obligatoria en el Estado reconociente de la decisión extranjera sobre la insolvencia (párrafo 1 del artículo 11).

47. La intención subyacente a la regla de la suspensión parece ser la de dar a los acreedores la posibilidad de pedir la iniciación de un llamado procedimiento secundario de insolvencia en el Estado reconociente (capítulo III de la Convención) lo que impediría el ejercicio de las facultades del administrador en ese país (sobre el procedimiento secundario, véase el análisis más adelante, párrafos 60 a 91). No obstante, el hecho de que el deudor no quede desapoderado, junto con el período de suspensión de dos meses de las facultades del administrador puede dar al deudor tiempo más que suficiente para trasladar sus activos a otro país. Esto podría bloquearse únicamente si el administrador extranjero lograra adoptar oportuna y apropiadamente medidas de protección de conformidad con el artículo 8.

2. Efectos del reconocimiento con referencia a la ley aplicable

48. Un segundo enfoque, bien diferente, es determinar los efectos del reconocimiento mediante la aplicación de la ley de uno de los países interesados. Aquí se puede establecer o bien (variante 1) que, cuando el reconocimiento tiene efecto, la apertura del procedimiento de insolvencia extranjero tendrá en el Estado reconociente los mismos efectos que conforme a la ley del Estado en el que ese procedimiento se abrió (salvo ciertas excepciones expresas), o bien (variante 2) que, en caso de reconocimiento, el procedimiento de insolvencia extranjero tendrá en el Estado reconociente los mismos efectos que si el procedimiento hubiera abierto en él (salvo ciertas excepciones expresas). En los siguientes párrafos se examinan ejemplos legislativos de estas dos variantes.

a) El reconocimiento conlleva efectos del derecho extranjero en materia de insolvencia

49. La variante 1 se halla, por ejemplo, en el proyecto de la UE. En el párrafo 1 de su artículo 9 se dispone que: "El mandamiento de iniciación del procedimiento dictado por un tribunal competente conforme al párrafo 1 del artículo 2 tendrá, sin ulteriores formalidades, en los demás Estados Contratantes los mismos efectos que tiene de conformidad con la ley del Estado en que abrió un procedimiento de insolvencia, a menos que la Convención disponga otra cosa y en la medida en que en esos Estados ningún tribunal competente de conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 haya abierto un procedimiento". El artículo 10 (con el epígrafe "Facultades del liquidador") prosigue en el sentido de que "el liquidador nombrado por un tribunal competente de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 podrá ejercitar todos los poderes que le confiere el derecho del Estado de la apertura del procedimiento de insolvencia en otro Estado Contratante, en la medida en que no se haya iniciado en éste otro procedimiento de insolvencia ...".

b) El reconocimiento desencadena la aplicación del derecho local

50. Ejemplo de la variante 2 es el párrafo 1 del artículo 170 de la LDIP suiza. La disposición establece que el reconocimiento del procedimiento extranjero de quiebra produce respecto de los activos del deudor situados en Suiza los efectos de la quiebra previstos en el derecho suizo.

51. Cuando se trata de evaluar las ventajas y los inconvenientes de las dos variantes antes descritas, parece que la variante 1 está justificada desde un punto de vista dogmático, mientras que la variante 2 es probablemente más fácil de aplicar en la práctica. Si las consecuencias jurídicas del reconocimiento en el Estado reconociente se rigen por la *lex concursus* extranjera (variante 1), podría ser necesario en ciertas situaciones determinar el contenido de un derecho extranjero en materia de insolvencia, cosa que podría llevar mucho tiempo.

52. Sin sugerir que sea un criterio al que la Comisión deba necesariamente atenerse o que tenga que ofrecer como opción, cabe observar que, por lo que se refiere a la cuestión de la ley aplicable a la evitación de transmisiones discriminatorias, hay en la ley alemana un ejemplo de la "combinación" del derecho extranjero en materia de insolvencia y de la ley que rige los efectos de la operación. Conforme a ese enfoque, el representante extranjero puede atacar con arreglo al derecho extranjero en materia de insolvencia una transmisión discriminatoria cuyos efectos se rijan por el Estado reconociente, cuando esa transmisión misma puede ser objeto de impugnación según la ley de este Estado. El requisito de que la impugnación pueda fundarse en el derecho local podría satisfacerse remitiéndose, por ejemplo al régimen de la responsabilidad extracontractual o al de los contratos. Con esto se tiene presente la regla alemana sobre conflictos que somete la invalidación de una operación a la ley aplicable a esta última.

c) Selección de la ley a criterio del tribunal reconociente

53. Cabe hacer notar que un legislador puede habilitar a los tribunales para aplicar la ley que podría aplicar el tribunal en el Estado en el que se abrió el procedimiento de insolvencia que se reconoce o la ley del Estado reconociente. Un ejemplo de esa solución se encuentra en el párrafo 5 del artículo 426 de la ley de Insolvencia del Reino Unido, en el que se exhorta a los tribunales a que, en el ejercicio de esa discreción tengan presentes, en particular, las reglas del derecho internacional privado.

3. Discrecionalidad del tribunal en la determinación de los efectos del reconocimiento

54. Especialmente en los ordenamientos jurídicos con una tradición del arbitrio judicial implícito, los efectos del reconocimiento pueden dejarse en mayor o menor medida a la discreción del tribunal. Ejemplo de este criterio se encuentra en el artículo 304 del Código de la Quiebra de los Estados Unidos, que preceptúa la discreción a dos niveles. Primeramente, toda la cuestión de si se concede la petición de una actuación auxiliar queda a criterio del tribunal, que ha de orientarse por los principios ya mencionados (véase el párrafo 30). En segundo lugar, por lo que se hace a las medidas concretas que el tribunal puede decretar en ayuda de un procedimiento extranjero, se menciona la posibilidad de prohibir o suspender la acción de un acreedor local y de entregar bienes al administrador extranjero y, a continuación el poder que tiene el tribunal para proveer otro remedio apropiado".

4. Exclusión de ciertos tipos de activo

55. Hay que hacer notar que algunas jurisdicciones eximen del reconocimiento otorgado al procedimiento de insolvencia extranjero los inmuebles y los derechos *in rem* de los acreedores o terceros con respecto a activos locales del deudor. Hay un ejemplo de ese enfoque en el artículo 4 del proyecto de la UE. Se puede, no obstante, considerar que una regla modelo general en ese sentido no sería necesariamente conveniente.

5. Aspectos procesales de la concesión del reconocimiento

56. Cuando se satisfacen los requisitos legales para el reconocimiento, se plantea la cuestión de cómo se traduce la práctica ese reconocimiento. A este respecto las leyes nacionales siguen, en principio, dos criterios diferentes. Hay países, por ejemplo Suiza (artículo 166 y 167 de la LDIP), en que el reconocimiento debe hacerse efectivo por una decisión expresa del tribunal competente del Estado reconociente. En otros ordenamientos, el procedimiento de insolvencia extranjero puede tener efectos en el Estado reconociente sin mediar formalidad alguna.

57. Ambos tipos de sistema presentan sus ventajas. El criterio formal puede brindar mayor certidumbre jurídica mientras que el "sistema del efecto inmediato" ofrece al administrador extranjero la posibilidad de actuar rápidamente en relación con los activos locales del deudor.

58. Puede, sin embargo, que los legisladores nacionales consideren la cuestión de qué criterio se debe seguir en el contexto más amplio de su derecho procesal general, que difiere considerablemente de Estado a Estado. Podría ser preferible, en consecuencia, dejar el punto a la entera discreción de los legisladores nacionales sin presentar disposición modelo ni disposiciones opcionales algunas.

59. Otra posibilidad es que el Grupo de Trabajo prefiera considerar una solución a mitad de camino entre los dos enfoques antes expuestos. Ello entrañaría obligar al administrador extranjero a hacer publicar los elementos esenciales de la decisión extranjera (apertura del procedimiento de insolvencia) en el Estado reconociente (véase, por ejemplo, el artículo 9 de la Convención de Estambul y el párrafo 2 del artículo 13 del proyecto de la UE).

IV. PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA SECUNDARIOS

60. Una de las cuestiones más importantes en la esfera de la cooperación en materia de insolvencia internacional es saber si, en qué circunstancias y con qué consecuencia pueden bloquearse los efectos del reconocimiento de un procedimiento de insolvencia extranjera abriendo un procedimiento de insolvencia en otro Estado. Ese procedimiento se denomina a veces "procedimiento de insolvencia secundario".

61. Las actitudes de los legisladores hacia ese procedimiento pueden variar, en particular debido a las diferentes políticas aplicadas en los distintos países con respecto a la cooperación en las insolvencias transfronterizas. En esta sección se ofrece un examen de las diversas técnicas que el legislador puede utilizar cuando configura las disposiciones legales acerca de los procedimientos de insolvencia secundarios con miras a obtener resultados que reflejen las consideraciones normativas predominantes.

62. Un análisis de diversas jurisdicciones nacionales que representan ordenamientos jurídicos diferentes revela que incluso los países que no observan el principio de la territorialidad prevén la posibilidad de que, en ciertas circunstancias, sus tribunales puedan abrir por separado un procedimiento de insolvencia de alcance territorial pese a que ya se haya abierto otro procedimiento análogo relativo al mismo deudor en otro Estado con el cual el deudor tiene su relación más estrecha. La diferencia entre los diversos ordenamientos no es si establecen o no la posibilidad de procedimientos territoriales por separado, sino si los requisitos y efectos de estos procedimientos son limitados, en comparación con el normal procedimiento de insolvencia local y en qué medida lo son.

63. Las consecuencias de un procedimiento de insolvencia por separado de alcance territorial en relación con los efectos extraterritoriales del procedimiento principal son casi en todas partes las mismas: los efectos

extraterritoriales quedan bloqueados; con la apertura del procedimiento de insolvencia de alcance territorial, el administrador extranjero se ve impedido de ejercitar en ese país las facultades que pudiera tener si no se hubiese abierto ese procedimiento.

64. El procedimiento de insolvencia territorial tiene un efecto de bloqueo de mayor alcance cuando consiste en un procedimiento completamente aparte, sin ninguna diferencia con el normal procedimiento de insolvencia nacional. En ese contexto, no hay restricciones al ejercicio de la jurisdicción para abrir ese procedimiento ni limitaciones en cuanto a las categorías de acreedores con derecho a cobrarse del producto de la liquidación de los activos locales en los procedimientos territoriales separados.

A. Posibles vínculos con el procedimiento principal extranjero

65. Un primer paso hacia una cierta coordinación entre el procedimiento de insolvencia territorial por separado y el principal procedimiento de insolvencia extranjero puede darse disponiendo que, dada la existencia del principal procedimiento de insolvencia extranjero, no es necesario probar la insolvencia del deudor como requisito previo para la apertura del procedimiento territorial.

66. Otro vínculo entre el principal procedimiento de insolvencia extranjero y el procedimiento aparte de alcance territorial quedaría establecido si, además de las personas provistas de facultad conforme al derecho local en materia de insolvencia, también el administrador extranjero estuviera habilitado para pedir la apertura de un procedimiento de insolvencia territorial.

67. Si un legislador trata de dar precedencia al procedimiento de insolvencia extranjero frente a los vínculos antes mencionados, esto puede lograrse, alternativa o acumulativamente, por los siguientes medios: 1) restricción de la competencia para abrir un procedimiento territorial aparte; 2) restricción del derecho de los acreedores a pedir la apertura de ese procedimiento; 3) restricción del derecho de los acreedores a cobrarse del producto de la liquidación territorial de los activos locales. El procedimiento territorial caracterizado por uno o más de esos elementos, que se examinan más adelante, se denomina comúnmente "procedimiento de insolvencia secundario".

1. Restricción de la competencia

68. En el proyecto de la UE puede verse una restricción de gran alcance de la competencia para abrir un procedimiento de insolvencia secundario. De conformidad con el artículo 19 (en combinación con el párrafo 2 del artículo 2), sólo se podrá abrir un procedimiento de insolvencia secundario si el deudor tiene un establecimiento dentro del Estado del procedimiento secundario. En ese caso, se podrá abrir un procedimiento secundario con referencia a los activos del deudor situados en el Estado sin ulterior prueba de la insolvencia del deudor.

69. Por consiguiente, si existen en ese país únicamente activos y no hay también un establecimiento del deudor, no podrá abrirse un procedimiento secundario. En ese caso no se podrá impedir al administrador extranjero que ejercite todas las facultades que le confiere la ley del procedimiento principal, lo que puede dar como resultado el traspaso de los activos locales al control del principal procedimiento de insolvencia extranjero. Ese traspaso no dependerá de una aprobación de los tribunales de los Estados donde se hallen esos activos.

70. Cabe observar que, en el contexto de este sistema, las facultades del administrador extranjero sólo se reconocen cuando el administrador fue nombrado en el curso de un procedimiento de insolvencia abierto en el Estado donde está situado el centro de los principales intereses del deudor (véanse los párrafos 23 a 27 *supra*).

71. En contraste con el proyecto de la UE, la Convención de Estambul no previene ninguna restricción al ejercicio de la jurisdicción para abrir un procedimiento de insolvencia secundario. Tal procedimiento puede abrirse, sin ulterior prueba de la insolvencia del deudor, cuando el deudor tiene en ese estado un establecimiento o activos, sin perjuicio de otros criterios de competencia que la ley nacional pueda establecer (artículo 17).

72. El enfoque adoptado por el derecho suizo es un ejemplo de solución intermedia entre los dos mencionados criterios. Sólo se puede abrir un procedimiento de insolvencia suizo enteramente independiente cuando el deudor tiene un establecimiento en Suiza. Cuando sólo hay allí activos (o cuando, en el caso de haber un establecimiento local, no se ha solicitado la apertura por separado de un procedimiento de insolvencia nacional), el administrador extranjero nombrado en el procedimiento principal no queda automáticamente facultado para extraer los activos con objeto de distribuirlos en el marco del procedimiento de insolvencia extranjero (como podía hacerlo conforme al sistema del proyecto de la UE). Por el contrario, en esos casos, el tribunal suizo competente debe abrir un segundo procedimiento de insolvencia secundario referido a los activos situados en Suiza. En ese procedimiento secundario, se limita el derecho de los acreedores a cobrarse del producto de la liquidación de los activos locales (véase más adelante el ulterior análisis, bajo el epígrafe 3, párrafos 76 a 87).

2. Limitación del derecho de los acreedores a pedir la apertura de un procedimiento de insolvencia secundaria

73. Toda restricción de la competencia equivale, como se ha expuesto anteriormente, a una reducción del número de casos en que es posible bloquear los efectos de un procedimiento principal de insolvencia extranjero a consecuencia de la apertura de un proceso secundario. Otro medio para alcanzar este resultado podría consistir en limitar el derecho a solicitar la apertura de un proceso secundario, en lugar de poner ese procedimiento a disposición de todos los acreedores con derecho a pedir la apertura de un normal procedimiento de insolvencia local.

74. Conforme a ese enfoque, el derecho en materia de insolvencia del Estado donde se desarrolle el procedimiento secundario seguiría siendo, por razones de política, aplicable únicamente a ciertas categorías de acreedores incluso en el caso de que se hubiese abierto un procedimiento principal de insolvencia extranjero. Entre esos acreedores podrían figurar, por ejemplo, los titulares de créditos privilegiados y garantizados, de créditos de derecho público y de los derivados del funcionamiento de un establecimiento del deudor en el Estado del procedimiento secundario, en particular los créditos de los empleados de esos establecimientos.

75. El criterio de habilitar sólo a ciertas categorías de acreedores para solicitar la apertura de un proceso de insolvencia secundario está consagrado, por ejemplo, en los Tratados de Montevideo. Según esos instrumentos, sólo los acreedores locales están facultados para presentar una petición que se abra un procedimiento de insolvencia local por separado (artículo 45 del Tratado de 1940, artículo 39 del Tratado de 1889). Se define a los "acreedores locales" como aquellos cuyos créditos son pagaderos en el Estado del procedimiento de insolvencia secundaria.

3. Limitación de los derechos de los acreedores a cobrar en el procedimiento de insolvencia secundaria

76. Se han utilizado dos tipos de técnica legislativa para determinar las categorías de acreedores privilegiados que tienen derecho a cobrarse de la liquidación de los activos locales en el procedimiento de insolvencia secundario. Una solución es proporcionar una lista exhaustiva de esas categorías de acreedores. Esa técnica se utiliza, por ejemplo, en la Convención de Estambul, donde se enumeran en su artículo 21 los siguientes créditos: créditos garantizados o preferentes; créditos de derecho público; créditos de los empleados en el Estado del procedimiento secundario; créditos derivados del funcionamiento de un establecimiento del

deudor en el Estado del procedimiento secundario (la justificación de privilegiar a esta última categoría de acreedores puede radicar en el argumento de que los acreedores que tratan con un establecimiento local tienen derecho a confiar de los activos del establecimiento allí ubicado).

77. Otra técnica podría ser, en lugar de dar una lista positiva de las categorías de acreedores con derecho a beneficiarse de los activos locales, conceder ese derecho a todos los acreedores que tuviesen en el procedimiento principal de insolvencia extranjero una situación jurídica menos favorable que la que conseguirían en un procedimiento de insolvencia secundaria por aplicación del derecho local en materia de insolvencia. La política que subyace a este enfoque sería en que correspondería contrapesar la situación de los acreedores en el procedimiento principal extranjero privilegiando a esos acreedores en el procedimiento secundario.

78. En los artículos 173 y 174 de la LDIP puede verse una combinación de las dos técnicas legislativas antes examinadas. Dado que Suiza es uno de los pocos países con un derecho de tradición romanística con disposiciones detalladas sobre el reconocimiento de las actuaciones extranjeras en materia de insolvencia, quizás convendría resumir primero el sistema suizo antes de volver sobre las dos reglas de protección establecidas en los artículos 173 y 174 de la LDIP.

79. Puede reconocerse en Suiza un procedimiento de insolvencia extranjera cuando ese procedimiento se abrió en un Estado en que el deudor tiene su domicilio o, en el caso de una sociedad, donde la sociedad deudora tiene su sede (véanse los párrafos 25 y 26 *supra*). El reconocimiento de un procedimiento abierto en el Estado del domicilio del deudor (o de la sede, según sea el caso) puede ser bloqueado por el inicio de un procedimiento de insolvencia suizo normal, enteramente aparte, cuando el deudor posee un establecimiento en Suiza.

80. El solo hecho de que el deudor tenga activos en Suiza no es motivo suficiente para ejercer jurisdicción en un procedimiento de insolvencia suizo normal referido a esos activos (restricción de la competencia, véase el párrafo 72 *supra*). En ese caso sólo pueden abrirse procedimientos de insolvencia secundarios. Esos procedimientos se rigen por normas diferentes (artículos 166 a 175 de la LDIP) de las aplicables al procedimiento de insolvencia local normal. La apertura de un procedimiento secundario de esas características puede ser solicitado por el administrador del procedimiento principal de insolvencia extranjero o por cualquier acreedor, ya que no hay límites a los derechos de los acreedores a solicitar un procedimiento secundario.

81. La diferencia esencial entre este procedimiento de insolvencia secundario y el procedimiento de insolvencia local normal consiste en una restricción del derecho de los acreedores a cobrar del producto de la liquidación en el procedimiento secundario. Este derecho se reserva incondicionalmente a los acreedores garantizados por un derecho de retención y a los acreedores con un crédito preferente conforme al derecho suizo de la quiebra (método de la enumeración).

82. Esto no significa, no obstante, que el resto de los activos se traspasen automáticamente al administrador extranjero. Entran en juego los artículos 173 y 174 antes mencionado, con el objetivo de proteger a los acreedores domiciliados, o que tienen su sede en Suiza, contra el trato discriminatorio en el procedimiento principal de insolvencia extranjero. Antes de que el producto remanente se traspase al administrador extranjero, el plan de distribución del procedimiento extranjero debe ser reconocido por el tribunal suizo que ha abierto el procedimiento secundario.

83. En ese contexto, el tribunal suizo tiene que examinar si los créditos de los acreedores domiciliados, o que tienen su sede, en Suiza "se han tomado razonablemente en consideración" en el plan de distribución extranjero (artículo 173 de la LDIP). Si el tribunal suizo no reconoce el plan de distribución o éste no le ha sido presentado, el producto restante se distribuye entre el resto de los acreedores domiciliados o que tengan su sede en Suiza (artículo 174 de la LDIP).

84. La Consideración normativa que subyace a los artículos 173 y 174 de la LDIP es análoga a la que sirve de fundamento al apartado c) del párrafo 2 del artículo 304 del Código de la Quiebra de los Estados Unidos. Con ambos métodos se trata de contrarrestar un tratamiento desfavorable (visto desde el punto de vista del país protector) que ciertos acreedores sufrirían en el procedimiento principal de insolvencia extranjero.

85. A ese respecto cabe observar que la Convención de Estambul no contiene cláusulas análogas contra la discriminación aplicables en el procedimiento secundario. La Convención trata en cambio de reforzar la igualdad de los acreedores en el procedimiento de insolvencia principal disponiendo, en su artículo 24, que los acreedores en ese procedimiento que tienen derecho a compartir los activos procedentes del procedimientos secundario deben ser tratados con igualdad, prescindiendo de los privilegios u otras excepciones al principio de igualdad entre los acreedores consagradas por la ley del procedimiento principal.

86. Parece, no obstante, que una disposición como la del artículo 24 de la Convención de Estambul sólo funcionaría en el marco de una convención a la que se atuvieran ambos Estados afectados, el Estado del procedimiento principal y el del procedimiento secundario. Difícilmente puede un legislador nacional seguir este ejemplo porque caería fuera de su ámbito de competencia promulgar disposiciones acerca de la situación jurídica de los acreedores en procedimientos de insolvencia que se desarrollen en otros Estados.

87. Para facilitar las deliberaciones del Grupo de Trabajo cabe concretar el siguiente resumen de cómo se han agrupado hasta el momento en diversos instrumentos jurídicos los criterios descritos en la sección A:

Sistema 1: La competencia para abrir un procedimiento de insolvencia territorial (secundario) corresponde al Estado B si el deudor tiene allí un establecimiento (no es competente si sólo hay activos); ninguna limitación del derecho de los acreedores a solicitar un procedimiento de insolvencia secundario en el Estado B; ninguna limitación del acceso de los acreedores al producto de la liquidación en el procedimiento secundario (proyecto de la UE).

Sistema 2: La competencia para abrir un procedimiento de insolvencia secundario corresponde al Estado B no sólo en el caso de que exista allí un establecimiento sino también cuando sólo hay activos del deudor; ninguna limitación del derecho de los acreedores a solicitar un procedimiento de insolvencia secundario en el Estado B; limitación del acceso de los acreedores al producto de la liquidación en el procedimiento secundario (Convención de Estambul).

Sistema 3: La competencia para abrir un procedimiento de insolvencia territorial (secundario) corresponde al Estado B no sólo en el caso de que exista en ese Estado un establecimiento del deudor sino también cuando haya allí sólo activos suyos; ninguna limitación del derecho de los acreedores a solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia territorial (secundario); limitación del acceso de los acreedores al producto de la liquidación en el procedimiento de insolvencia secundario, excepto en el caso de que el deudor tenga un establecimiento en el Estado B, lo que puede dar ocasión, a solicitud de los acreedores, a un procedimiento de insolvencia local enteramente separado (derecho suizo).

Sistema 4: Como el sistema 3, pero sin limitaciones en ninguna circunstancia del acceso de los acreedores al producto de la liquidación en el procedimiento secundario (Alemania, al 1º de enero de 1999).

B. Actuaciones auxiliares al servicio del procedimiento principal extranjero

88. Otro enfoque que cabe considerar para incluirlo en un menú de opciones para los legisladores y que se puede considerar relacionado con la cuestión del procedimiento secundario, sería prever la posibilidad de iniciar actuaciones auxiliares con el fin concreto de ayudar a un procedimiento de insolvencia principal

extranjero. Como antes se observó, en el artículo 304 del Código de la Quiebra de los Estados Unidos aparece un ejemplo primario de este enfoque. Ese tipo de criterio queda también comprendido en la MIICA.

89. Como se expresa en esos instrumentos, entre las finalidades de esas actuaciones auxiliares pueden figurar: forzar el comienzo o la continuación del procedimiento de insolvencia local y la ejecución de las sentencias contra el deudor con respecto a sus activos locales o la acumulación del procedimiento de insolvencia local pendiente con el planteamiento auxiliar; la entrega de bienes o del producto de los mismos al procedimiento principal extranjero; la obtención de testimonios o la presentación de libros, documentación u otros justificantes relacionados con una insolvencia; el reconocimiento y la ejecución de una sentencia o mandamiento extranjeros; y cualquier otro remedio apropiado.

90. Merece ser observado que, conforme al criterio de la actuación auxiliar, en caso de que esa actuación no sea posible o sea rehusada, el representante extranjero queda en libertad de iniciar un procedimiento de insolvencia local independiente.

91. El Grupo de Trabajo podría examinar otras cuestiones susceptibles de ser tratadas relacionadas con las actuaciones auxiliares, por ejemplo, la cuestión de la ley aplicable por el tribunal que emprenda la actuación auxiliar. A este respecto la MIICA obliga al tribunal auxiliante a aplicar el derecho sustantivo en materia de insolvencia del tribunal extranjero donde se desarrolla el procedimiento principal.

V. ACCESO A LOS TRIBUNALES DEL REPRESENTANTE DE LA INSOLVENCIA EXTRANJERA

92. La expresión "acceso" puede entenderse como el mecanismo procesal utilizado por el representante extranjero para pedir el reconocimiento de las actuaciones. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si sería conveniente y viable añadir disposiciones sobre esos mecanismos procesales para conseguir el acceso y el reconocimiento.

93. Por lo que se refiere a las categorías o mecanismos procesales, debe hacerse una distinción entre procedimientos diplomáticos formales, procedimientos que entrañan comunicaciones directas entre los tribunales de Estados diferentes y un procedimiento tipo *exequatur* mediante un trámite administrativo o cuasi judicial. Por lo que respecta a esos posibles trámites, cabe observar que no es uso corriente que un tribunal envíe directamente una carta rogatoria al tribunal extranjero correspondiente. Ese contacto directo requeriría normalmente un acuerdo entre los dos Estados interesados. De no ser así, la rogatoria se transmitiría por vía diplomática. Este enfoque típico aparece codificado en la Convención sobre la práctica de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial de La Haya, de carácter multilateral (1970), donde se prescribe la transmisión de solicitudes por conducto de las "autoridades centrales" de ambos Estados interesados.

94. Al mismo tiempo, puede recordarse que en diversas jurisdicciones nacionales y en la Convención de Estambul y el proyecto de la UE, un procedimiento de insolvencia extranjero, inclusive las facultades de un administrador extranjero, se reconoce *ipso jure* si se satisfacen determinados requisitos concretos. Se concede, pues, "acceso" inmediato sin ninguna intervención de un tribunal ni otra formalidad.

95. Bien sea bajo el epígrafe del "acceso" a los tribunales o en otra parte, puede considerarse imprescindible añadir una disposición en el sentido de que una comparecencia del representante extranjero que procure el reconocimiento de las actuaciones no sometería completamente al representante a la competencia plena del tribunal. Otras cuestiones que cabría considerar para su futuro examen podrían ser el tipo de material probatorio que ha de aportar el representante que procure acceder a los tribunales y cuál ha de ser la entidad que solicite el reconocimiento.

VI. COOPERACIÓN JUDICIAL

96. Si bien la noción de cooperación judicial puede considerarse sustancialmente entrelazada con las nociones de acceso a los tribunales y reconocimiento de las actuaciones, formando así un conjunto de actividades cooperativas entre las jurisdicciones que participan en una insolvencia transfronteriza, puede ser beneficiosa, por lo menos en esta etapa, examinar por separado, en la medida de lo posible, los diversos conceptos. En consecuencia, el Grupo de Trabajo quizá desearía examinar qué aspectos o procedimientos pueden presentarse bajo la rúbrica de cooperación judicial. Por lo tanto, los siguientes conceptos no pretenden constituir una enumeración exhaustiva de las posibles cuestiones en esta esfera.

A. Aprobación de protocolos especiales

97. Uno de los aspectos de la cooperación judicial puede ser la aprobación por los tribunales de las jurisdicciones interesadas de protocolos especiales convenidos entre las partes acerca de diversos aspectos de la administración de una insolvencia transfronteriza y por los que se establezca un régimen de cooperación. Esos protocolos pueden ser particularmente pertinentes cuando un deudor desarrolla su actividad comercial sustantiva en más de una jurisdicción, por cuya razón la competencia primaria puede incumbir a más de una jurisdicción.

98. En varios casos importantes de insolvencia transfronteriza han aflorado ejemplos notables de utilización con buen éxito de esos arreglos. Además, el Comité J de la Sección de Derecho Mercantil de la IBA ha desarrollado recientemente un modelo de esos protocolos especiales (titulado "Concordato para la insolvencia transfronteriza"). La finalidad de este concordato, inspirado básicamente en el derecho internacional privado, es sugerir ciertas reglas, algunas de ellas aplicables a cualquier insolvencia transfronteriza, a las que los participantes o los tribunales puedan hacer remisión para resolver diversas cuestiones. Entre esas cuestiones cabe citar, por ejemplo, la designación del foro en cuyo territorio haya de ser administrado el patrimonio insolvente, la aplicación de las reglas de prelación de ese foro, la regla aplicable cuando la masa patrimonial vaya a ser administrada en el territorio de dos o más jurisdicciones y la designación de la normativa aplicable para evitar los trasposos de activos efectuados en el período que precedió a la insolvencia.

B. Comunicación judicial

99. Otra cuestión que puede abordarse bajo la rúbrica de la cooperación judicial se refiere a la comunicación entre los jueces de diferentes jurisdicciones que participan en un caso de insolvencia transfronteriza. Esa comunicación puede ser particularmente útil a los efectos de permitir a los jueces obtener información precisa y coordinar sus medidas, actuaciones y mandamientos.

100. A pesar de su posible utilidad, las comunicaciones entre jueces pueden suscitar preocupaciones en diverso grado, en particular, en los ordenamientos jurídicos que no están acostumbrados a que los jueces tomen esas iniciativas, así como interrogantes acerca de las salvaguardias procesales de las partes. Se pueden considerar diversas técnicas para atender esas inquietudes, inclusive, por ejemplo, una o más de las siguientes: notificación a las partes de una próxima comunicación; oportunidad de estar presente en la comunicación; constancia de la comunicación a disposición de las partes; comunicación mediante un tercero convenido por las partes.

VII. OTRAS CUESTIONES

101. Como se observó al principio, se parte del supuesto de que la presente nota no se refiere a todas las cuestiones que puedan resultar pertinentes al proyecto sobre la insolvencia transfronteriza. El Grupo de Trabajo podría, pues, examinar otros aspectos que haya que quizá tratar, inclusive tal vez los que figuran a continuación, que se presentan como acicate para el análisis.

A. Deber de informar a los acreedores

102. A menudo los acreedores se enteran tarde o nunca de la apertura de un procedimiento de insolvencia en otro país. Sería conveniente y viable redactar una disposición modelo en el sentido de que, tan pronto como se abra un procedimiento de insolvencia, la autoridad competente o el administrador deben informar sin demora e individualmente a los acreedores conocidos que residan en otro país. Pueden verse ejemplos legislativos de esta norma en el artículo 30 de la Convención de Estambul y en el párrafo 1 del artículo 32 del proyecto de la UE.

B. Deber de comunicarse información entre los administradores

103. Presumiblemente reforzaría la cooperación en las insolvencias transfronterizas el que los administradores nombrados en un procedimiento de insolvencia principal y en un procedimiento territorial (secundario) se comunicasen entre ellos toda información que pudiera ser pertinente para el otro procedimiento (véase el artículo 25 de la Convención de Estambul y el artículo 24 del proyecto de la UE).