

EL ENFOQUE A FUTURO DE LA REGLAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA

Carlos SÁNCHEZ-MEJORADA Y VELASCO*

SUMARIO: I. *Antecedentes*. II. *Nuevos trabajos en materia de insolvencia*. III. *La insolvencia de grupos corporativos*. IV. *El financiamiento de la empresa con posterioridad a su declaración de insolvencia*. V. *La comunicación judicial transfronteriza*.

Decía mi madre que todo hombre bien nacido debe ser agradecido. Así que, no solamente para no hacer quedar mal a mi madre, sino porque de verdad, de corazón, lo siento, deseo agradecer al doctor Diego Valadés, a la doctora Elvia Arcelia Quintana Adriano y al licenciado Luis Manuel C. Meján Carrer, su amable invitación a participar en este Congreso Internacional como ponente, invitación que mucho me honra y satisface, sobre todo por no ser hijo, egresado, de esta egregia e incomparable Universidad Nacional. No se crea que reniego o abjuro de mi *alma mater*, la excelente Escuela Libre de Derecho, entre la cual y la Facultad de Derecho siempre ha habido una fraterna y amistosa rivalidad. Pero es indudable que esta casa de estudios es verdaderamente nacional y la de mayor importancia y relevancia en el medio académico y científico de nuestro país, así que todo mexicano debe sentirse honrado, como yo hoy me siento, de ser invitado a exponer en ella. Así que, otra vez, muchas gracias, amigos, colegas, por su gentil invitación.

* Abogado, Escuela Libre de Derecho, 1964; LLM, Law School of Harvard University, 1965.

I. ANTECEDENTES

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional —CNUDMI, o Uncitral, por sus siglas en inglés— es un órgano subsidiario de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), cuya misión es la de desarrollar y proponer a la comunidad internacional textos legislativos para su uso por los Estados en la modernización del derecho mercantil —como convenciones internacionales, leyes modelo y guías legislativas—, además de textos no legislativos para su uso por las partes contratantes en negociaciones y transacciones comerciales internacionales.¹

Así, en materia de insolvencia transfronteriza y como los anteriores ponentes nos han informado e ilustrado en detalle, la CNUDMI desarrolló un trabajo señero a través de su Ley Modelo Sobre Insolvencia Transfronteriza, aprobada en 1998, la cual se incorporó en el año 2000, casi verbatim, a nuestra nueva Ley de Concursos Mercantiles (en adelante, por brevedad, LCM), habiendo sido México el segundo país —pero el primero de una economía de tamaño sustancial— en incorporar la misma a su orden jurídico interno.²

¹ Como ejemplos de cada uno de estos instrumentos tenemos los siguientes:

a) *Convenciones*: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías; la Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías; la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingentes; la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales; el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercaderías, 1978 (Hamburgo); el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional;

b) *Leyes modelo*: la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional; la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios; la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico; la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito; y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza.

c) *Guías legislativas*: y la Guía Legislativa sobre el Derecho de la Insolvencia.

d) *Textos no legislativos*: el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI; Reglamento de Conciliación de la CNUDMI; las Notas de CNUDMI sobre la Organización del Proceso Arbitral; la Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales; y la Guía Jurídica sobre Operaciones de Comercio Compensatorio Internacional.

² El primer país en hacerlo fue Eritrea, cuya economía es sensiblemente menor a la de México, ya que según datos del Banco Mundial (World Development Indicators) para

II. NUEVOS TRABAJOS EN MATERIA DE INSOLVENCIA

En diciembre de 1999, la CNUDMI y algunas organizaciones no gubernamentales interesadas en la materia celebraron un coloquio en Viena para examinar la conveniencia de continuar los trabajos de la propia CNUDMI en torno a la insolvencia, pues para estas fechas se tenía conciencia, a nivel internacional, de la necesidad de modernizar las legislación interna de los diversos Estados —incluyendo algunos países desarrollados— para hacerlos eficientes y efectivos, cuidando —sujeto a las políticas internas de cada uno de ellos— de guardar un equilibrio entre los divergentes intereses de deudores y acreedores, tomando en cuenta también los intereses de la comunidad.

Entre las diversas iniciativas internacionales tomadas en esta materia, se tenían los Principios y Líneas Rectoras para Sistemas Eficientes de Insolvencia y Derechos de los Acreedores, del Banco Mundial; el estudio sobre Procedimientos de Insolvencia Ordenados y Efectivos, del Fondo Monetario Internacional; los Principios Globales para Reestructuraciones Internacionales con Múltiples Acreedores, de INSOL Internacional, y los Principios de Cooperación para Casos de Insolvencia Transfronteriza entre los miembros del Tratado de Libre Comercio para la América del Norte, del American Law Institute, habiéndose concluido en el coloquio antes mencionado, que CNUDMI representaba —y representa— el mejor foro para este tipo de iniciativas en razón, por una parte, de la representatividad de la misma como un órgano que es de la ONU, en donde están presentes todos los puntos de vista de los Estados miembros y, por otra parte, de la desconfianza con la que muchos países en vías de desarrollo miran a los organismos financieros internacionales, como el mencionado Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.

Así, a partir de 2001, el grupo de trabajo sobre insolvencia de la CNUDMI desarrolló un nuevo documento, intitulado *Guía Legislativa Sobre el Derecho de la Insolvencia*, el cual fue aprobado por la Asamblea General de la ONU en 2004.

Una vez terminada dicha *Guía* —y con el mismo fin que el celebrado en 1999—, en diciembre de 2005, se celebró en Viena un segundo coloquio, como resultado del cual se convino en que la CNUDMI continúe sus

2004, el Producto Nacional Bruto de dicho país africano fue de 633.6 millones de dólares, y para nuestra patria de 676,500 millones de dólares.

trabajos, para profundizar en algunos temas ya incluidos en la *Guía Legislativa*, pero que por su importancia internacional ameritan una mayor atención.

En la agenda del coloquio se incluyeron cinco temas, a saber:

- La insolvencia de grupos corporativos.
- El financiamiento de la empresa con posterioridad a su declaración de insolvencia.
- La comunicación transfronteriza, en dos vertientes: (a) la celebración de protocolos para la administración de casos transnacionales; y (b) la comunicación de juez a juez.
- La responsabilidad de los miembros del consejo directivo y los funcionarios de la empresa.
- La reglamentación del fraude comercial.

De éstos, se aprobó que se discutieran únicamente los tres primeros, sobre todo en razón de que el énfasis de los trabajos futuros sería preferentemente sobre la fase conciliatoria o de restructuración de entidades insolventes, mismos que en seguida comentaremos.

III. LA INSOLVENCIA DE GRUPOS CORPORATIVOS

Una de las situaciones de insolvencia más difíciles de tratar es la relativa a grupos corporativos que, amén del propio, operan en varios países y por ello, la finalidad de estos trabajos futuros de la CNUDMI, deberá entenderse, no como un asalto, un ataque, a los grupos corporativos, sino más bien como un esfuerzo para crear un poco de orden dentro del caos que actualmente revisten la insolvencias de los grupos corporativos transnacionales.

Los problemas surgen en torno a un sin fin de temas, como lo son la jurisdicción, la competencia, la ley aplicable, la ley sustantiva, el nombramiento de los especialistas,³ etcétera, problemas que no son específicos de transacciones transfronterizas, sino que inclusive representan retos significantes para los sistemas jurídicos domésticos.

³ Para los efectos de esta ponencia, por “especialista” se deberá entender aquella persona nombrada dentro de un procedimiento de insolvencia para supervisar y/o administrar los negocios de la entidad insolvente.

Dadas las limitaciones de tiempo, no podré examinar cada uno de estos problemas en detalle, así que me limitaré a enunciarlos y a hacer unas breves reflexiones en torno de ellos, dejando para otra ocasión su estudio a fondo.

El primer problema que se suscita es —precisamente— el de determinar qué se entiende por “grupo corporativo”. Es necesario precisar si el concepto —o uno semejante— se puede definir por referencia a criterios fácilmente identificables, por ejemplo el de “control” —que es el que usa el artículo 15 de la LCM mexicana—, lo que a su vez requiere que se precise qué se entiende por “control”. Se necesita, también, precisar qué ocurrirá respecto de entidades (como coinversiones o *joint ventures*, vehículos de objetivo especial o *special purpose vehicles*, fideicomisos *offshore*, etcétera) que, en algunos casos, claramente son parte de un grupo, pero que no están “controladas” por el grupo. Y habrá que precisar si se necesitan reglas especiales para ciertas formas de grupos corporativos constituidos alrededor de alguna rama o actividad especial, como lo sería un grupo bancario, un grupo de aseguradoras, un grupo de empresas de telecomunicaciones, etcétera.

En seguida, habrá que precisar qué se entiende por la insolvencia de un grupo corporativo. ¿Es necesario que se aplique una prueba o medida de insolvencia —igual o semejante a la que contempla el artículo 10 de la LCM— a la controladora? ¿O al grupo consolidado? ¿O cada entidad miembro del grupo por separado? ¿Y cuál, en su caso, es la prueba adecuada: una de liquidez, o una de balance, de proporción entre activos y pasivos? Habrá también que precisar qué trato se va a dar a los adeudos intercompañías y a las garantías cruzadas prestadas entre ellas; y cómo se manejará la situación de aquellas entidades miembros del grupo que sean insolventes respecto de aquellas que sí sean solventes, si se van a consolidar o se van a manejar separadamente.

En tercer lugar, hay que precisar qué trato se debe dar a la forma corporativa. Si, tratándose de formas que limiten la responsabilidad de los socios —como en el caso de la sociedad anónima mexicana—, es dable y hasta dónde “rasgar el velo corporativo”; si se aplican al caso las reglas de la simulación; si el tribunal puede “rasgar el velo” de oficio o se requiere el impulso de parte; y si la declaración de insolvencia de la entidad controladora implica, automáticamente, la declaración de las entidades controladas, o sí, por el contrario, será necesaria de declaración individual respecto de cada una de las controladas.

Otro punto importante a dilucidar es si el trato que se debe dar a estos grupos debe ser diferente a nivel internacional del que se da a nivel doméstico, en el país de origen de la entidad y, en su caso, en qué medida y con qué efectos.

Así, en las reuniones que se llevarán a cabo en la CNUDMI a partir de diciembre de 2006, en cuanto al aspecto doméstico, se tendrá que decidir si el trabajo de la misma se debe confinar a propuestas que traten de solucionar estos problemas únicamente a dicho nivel, y si sería apropiado encuadrar las mismas como una extensión a las disposiciones contenidas en la recién completada *Guía Legislativa*; en cuanto al aspecto internacional, se tendrá que precisar si las propuestas que resulten deberán revestir la forma de una adición o enmienda a la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza, o bien, si se deberá formular un nuevo documento dedicado exclusivamente a tratar los aspectos transfronterizos de las insolvencias de grupos corporativos; se deberá determinar, también, cuál sería el medio apropiado para fomentar la armonización o coordinación de las diversas respuestas internacionales o regionales, como lo tocante a las regulaciones de la Unión Europea sobre insolvencia.

Otro aspecto importante a tratar será el relativo al alcance internacional de una declaración de insolvencia puramente doméstica. Dentro de los problemas que esto suscita se pueden mencionar los siguientes, algunos de los cuales ya están contemplados en la Ley Modelo:

a) ¿Qué tribunal tendrá jurisdicción respecto de una entidad de miembros de un grupo situada fuera del centro principal de negocios de la controladora?

b) ¿Qué alcance internacional tienen las órdenes judiciales —en especial una moratoria o *stay*— dictadas en el país donde se ubique el centro principal de negocios de la controladora?

c) ¿Conviene que sea una sola persona la que actúe como especialista en los varios procedimientos que se puedan abrir en varios países, o será mejor que en cada país opere un nacional de ese país? Y en el segundo de dichos casos, ¿quién coordina la actuación de los varios especialistas?

d) ¿Qué alcances tiene un convenio de pagos o plan de reestructuración acordado en un país respecto de las entidades situadas fuera de ese país?

Otros temas que revisten enorme interés son los de transparencia y predecibilidad del procedimiento concursal; la maximización de los activos; la protección de los derechos de los acreedores, y un punto que ya ha sido objeto de decisiones judiciales europeas, que es el relativo a la definición

del concepto de lo que generalmente se conoce en el medio como “COMI”, siglas de la expresión en idioma inglés *center of main interest*, y la cual se traduce como *centro de principales intereses* (versión en castellano de la Ley Modelo).

En fin, algunos de estos problemas o dudas pueden parecer elementales u obvios para los doctos asistentes a este Congreso Internacional, pero el mero hecho de que así parezcan, es porque las mismas situaciones se enfrentan en un contexto doméstico; no hay que olvidar que al cruzar las fronteras de un Estados, esos problemas se magnifican en el contexto de los conflictos de leyes; habrá veces en que las normas tradicionales de derecho internacional privado no serán suficientes para solucionar estos casos a satisfacción de todos los involucrados.

IV. EL FINANCIAMIENTO DE LA EMPRESA CON POSTERIORIDAD A SU DECLARACIÓN DE INSOLVENCIA

Respecto de este tema —que es aplicable básicamente a empresas en proceso de reestructuración y en menor grado a aquellas objeto de una liquidación, mismas que fueron rescatables a pesar de una declaración de quiebra—, la discusión del coloquio de Viena de 2005 estuvo orientada más bien a problemas transnacionales relativos a economías desarrolladas, pero poco o casi nada aplicables a empresas domésticas en países de menor desarrollo económico.

No obstante, en torno a este tema y a nivel doméstico sí surgen problemas y dudas que se magnifican cuando están insertadas en un contexto transnacional.

Quizá el problema principal sea el de la prelación en el pago que se debe conceder a los proveedores de financiamiento posterior a la declaración de insolvencia. Y en este caso no estamos contemplando únicamente el financiamiento por parte de instituciones bancarias, sino también —y quizá de mayor importancia— el crédito de proveedores, que en los más de los casos será crucial y determinante para la subsistencia de una empresa en dificultades financieras y problemas de liquidez y flujo de efectivo.

Así, la nueva ley francesa para la salvaguarda corporativa que entró en vigor el 1o. de enero de 2006, entre otras medidas otorga una superpreferencia respecto de cualesquiera otros créditos anteriores o posteriores a la declaración de insolvencia, excepto a las reclamaciones de orden laboral y a los gastos de administración, a aquellos créditos derivados del suministro

de “dinero fresco” o de bienes o servicios destinados precisamente a asegurar la continuidad de la empresa deudora.

Por su parte, la ley española que entró en vigor el 1o. de septiembre de 2004 autoriza al especialista a “rehabilitar” créditos o reclamaciones que hayan sido “acelerados”, o sea, dados por vencidos anticipadamente antes de la declaración de insolvencia, considerando tales adeudos como créditos contra la masa con prelación en el pago respecto de cualesquiera otros créditos.

En el caso de Argentina, la Ley de Quiebras 24522, en vigor a partir de abril de 1995, permite que en el caso de empresas sujetas a un procedimiento judicial y con la autorización del tribunal, el deudor que continúe en la administración de su empresa obtenga nuevo financiamiento que goce de prelación; y autoriza a que el especialista obtenga nuevo financiamiento ya sea con prelaciones específicas (prenda o hipoteca) o con una prelación general, pagadera antes de cualquier crédito preexistente a la declaración de insolvencia.

Por lo que toca a Japón, por una parte, la Ley de Rehabilitación Civil clasifica al financiamiento posterior a la declaración de insolvencia como un gasto administrativo contra la masa; y la Ley de Reorganización Corporativa —en vigor desde 1952 y reformada en el año 2000—, asegura que aquellos acreedores que hayan otorgado crédito entre la fecha de presentación de la solicitud de declaración de insolvencia y el inicio del procedimiento de reorganización, o después de dicho inicio, serán pagados antes que cualesquiera acreedores comunes, aún si la reorganización se convierte en quiebra.

Y en el caso de México, el artículo 75 de la LCM permite al conciliador autorizar la contratación de nuevos créditos —los que, obviamente, son posteriores a la declaración de insolvencia, de concurso mercantil— mismos que conforme al artículo 224, fracciones II y III, de la propia Ley, se consideran créditos contra la masa, por ser “contraídos para la administración de la masa” o “para atender los gastos normales para la seguridad de los bienes de la masa, su refacción, conservación y administración”.

V. LA COMUNICACIÓN JUDICIAL TRANSFRONTERIZA

Hay la percepción, sobre todo entre los profesionistas dedicados a la insolvencia —abogados, banqueros, contadores, especialistas— en países

con sistemas jurídicos de derecho consuetudinario o de *common law*, que en casos de insolvencia transfronteriza en los que tribunales de dos o más países están conociendo simultáneamente de la insolvencia de un mismo deudor o grupo de deudores, la comunicación directa entre jueces y especialistas es probablemente el método más sencillo y eficiente para la conservación de la empresa, para ahorrar, incrementar y crear valor para las partes interesadas, tanto el deudor cuanto sus acreedores, empleados y proveedores, la comunidad en la cual se desenvuelve y las autoridades fiscales y entidades de seguridad social.

Por regla general, los profesionistas arriba mencionados son los más dispuestos a que se dé una comunicación entre los tribunales y los especialistas encargados de la supervisión o administración del deudor común. Y la renuencia a la misma, cuando se da, es más bien a nivel judicial, por diversas razones. Algunos tribunales aducen el hecho de que tales comunicaciones no están autorizadas por la ley local aplicable —que en el caso de México serían, en materia mercantil, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código de Comercio y la LCM—. Otros, aun en ausencia de una prohibición específica o de una autorización expresa, no encuentran un precedente aplicable que se los permita. Otros más ven en la barrera del lenguaje un impedimento insuperable. Algunos otros, aun si en principio estarían abiertos a la comunicación directa, se sienten impedidos por la falta de una serie de condiciones aceptables y aprobadas a las que acogerse para evitar que sus respectivos procedimientos judiciales sean impugnados como resultado o consecuencia de tal comunicación.

Por ello, para superar estas objeciones, es que dentro del marco del Proyecto sobre Insolvencia Transfronteriza, del American Law Institute, en el cual este ponente participó como relator de la sección mexicana, se desarrolló un documento intitulado “Pautas Aplicables a las Comunicaciones de Tribunal a Tribunal en Casos Transfronterizos” (en adelante, por brevedad, “Principios de Cooperación para Casos de Insolvencia Transfronteriza entre los miembros del Tratado de Libre Comercio para la América del Norte, del American Law Institute, las Pautas”),⁴ cuyo texto está disponible en varios idiomas en el sitio de Internet del International Insolvency Institute, que es: <http://www.iiiglobal.org/international/guidelines.html>.

⁴ Su título en inglés es: *Guidelines for Court-to.-Court Communication in Cross-Border Cases*.

Lo que se propone a la CNUDMI es que la misma, con base en dichas Pautas, desarrolle un documento propio, que podría llamarse “Principios aplicables a casos de insolvencia transfronteriza”, u otro semejante, que se refieran no solamente a la comunicación judicial, sino que incluyan también aspectos administrativos (*i. e.*, procedimientos para el reconocimiento de créditos), financieros (*i. e.*, créditos posteriores a la declaratoria de insolvencia) y de otra naturaleza. Y su fin sería el de proveer una norma, un patrón, contra el cual se puedan medir los procesos de insolvencia transfronteriza.

Así, estos Principios podrían operar en tres niveles: en un primer nivel, desde un punto de vista procesal, constituirían un medio de comunicación internacionalmente aceptado entre tribunales de los diversos países, que permita una coordinación entre ellos; en segundo lugar, identificarían los principales problemas que normalmente surgen en casos transfronterizos; y tercero, se concentrarían en aspectos técnicos, como lo podrían ser la identificación de aspectos domésticos que quedan bajo la jurisdicción exclusiva de los tribunales nacionales, aquellos que deberán ser resueltos de manera coordinada, si no es que uniforme, y el cómo y el cuándo los Protocolos preparados al efecto entrarían en vigor.

Como arriba digo, la comunicación judicial transfronteriza presenta dos vertientes, a saber:

1. La celebración de protocolos para la administración de casos transnacionales.

En el contexto de la insolvencia transfronteriza, por “Protocolos” se entienden aquellos documentos elaborados —con la participación de las partes— por los tribunales de dos o más países que simultáneamente están conociendo de la insolvencia de un mismo deudor o grupo de deudores, para coordinar sus actividades, reglamentar los detalles de las comunicaciones directas entre los jueces involucrados y así evitar, en la medida de lo posible, resoluciones contradictorias que a nadie benefician.

El primer ejemplo de un documento de esta especie es el que se elaboró para el caso *Maxwell Communication*, del cual conocieron los tribunales de Nueva York y Londres. Con posterioridad a éste, se han dado otros muchos, sobre todo en casos que involucran a tribunales de los Estados Unidos de América y del Canadá. Como se ve, en todos estos casos han estado involucrados tribunales de países de tradición legal común, anglosajona, lo que ha facilitado su celebración enormemente.

2. La comunicación directa de juez a juez

Este aspecto del tema se refiere al contacto directo que se establecería entre dos o más jueces o tribunales en lo individual.

Tradicionalmente, este tipo de comunicación se ha dado por medio de lo que conocemos como exhortos y cartas rogatorias, respecto de los cuales existe, en el medio mexicano, reglamentación expresa en los códigos de procedimientos civiles, y a nivel internacional, convenciones y tratados.

A este respecto, la comunicación interjudicial en casos domésticos —federal o locales— se permite únicamente de esta forma; y si bien, hasta donde este ponente sabe, no existe una prohibición específica de que un juez habló personalmente o se comuniqué de alguna manera distinta a la mencionada con sus homólogos, el hecho es que en la práctica formal, la única comunicación que se da es la mencionada... con una excepción.

Dicha excepción es la consignada en el artículo 304 de la LCM, que corresponde al artículo 25, párrafo 2, de la Ley Modelo y el cual, en su parte conducente, expresamente dice que “el juez, el visitador, el conciliador o el síndico, estarán facultados, en el ejercicio de sus funciones, para ponerse en comunicación directa sin que sean necesarias cartas rogatorias u otras formalidades con los tribunales o los representantes extranjeros”.

Así, que la modernidad ha llegado a México para asuntos de insolvencia transfronteriza. Pero en lo tocante a los asuntos domésticos, seguimos atados a la antigüedad.