

Algunas notas sobre el derecho concursal internacional

Luis David Briceño Pérez*

The debtor's body was the only security that he could offer to his creditors¹.

Resumen

Este artículo revisa las reglas relativas al Derecho internacional de quiebras. Primero describe la naturaleza del proceso concursal, haciendo análisis de las políticas detrás de la principal forma de organización de las reglas de la quiebra: territorialismo o universalismo. Luego se enfoca en la regulación de Estados Unidos sobre quiebras como una forma de contribuir, *de lege ferenda*, en Venezuela. Finalmente, se analizan los principales problemas de la adopción de la Ley Modelo de la OEA y los beneficios de su adopción en Venezuela.

Abstract

This article reviews the rules regarding international bankruptcy law. First it describes the nature of the bankruptcy process, making analysis of the policies behind the main way of organizing the rules of bankruptcy: territorialism or universalism. Then it focuses on the U.S regulation on bankruptcy as a way to contribute lege ferenda in Venezuela. Finally, it discusses the main problems of adopting the OAS Model law and the benefits of its adoption in Venezuela.

Palabras claves

Quiebra internacional. Ley Modelo. Código de Comercio.

Sumario

I. Introducción. II. La naturaleza de la quiebra internacional. A. Universalismo vs. territorialismo. B. El caso venezolano. III. UNCITRAL: Ley Modelo de 1997. A. Generalidades. B. *Common Law*: EE. UU. C. Orden Público. D. Comentarios a la Ley Modelo. IV. Conclusión.

I. Introducción

En el derecho quiritario, el deudor que no pagaba o podía repagar sus deudas al acreedor, era sujeto al derecho del acreedor de castigarlo corporalmente².

En Italia se predicaba la idea que el deudor tenía un estigma por el resto de su vida. Una práctica común era la reprimenda pública para demostrar que el deudor no era una persona de valor. En criterio de Moustaira³, esta idea de estigma o represalia pública es una concreción de la relación entre derecho y religión. Reseña la citada autora, que las mayores religiones del mundo, a saber, cristianismo, judaísmo, islamismo e hinduismo condenan al

* Luis David Briceño Pérez, Abogado *Magna cum Laude*, Universidad Central de Venezuela; Magister in Business and Commercial Law (LLM), Indiana University; Fulbright Scholar y Profesor de Derecho en la Universidad Central de Venezuela. Yale Law Seminar, 2017. bluisdavid@gmail.com. Quisiéramos reconocer la labor de la Biblioteca de la Escuela de Derecho de Indiana University, Jerome Hall, por facilitarnos, como alumni, el uso de la bibliografía para la elaboración del presente artículo, así como a la profesora Pamela Foohey (Indiana University), por motivarnos a estudiar esta exquisita área del derecho comercial.

¹ Korobkin, Donald, Bankruptcy law, ritual, and performance, en: *Columbia Law Review*, 2003, p. 2134.

² Korobkin, Bankruptcy law..., ob. cit., p. 2134.

³ Moustaira, Elina, *International Insolvency Law, National Laws and International Text*, Springer, 2019, p. 2.

deudor y abogan por el repago de las deudas. Parece casi una repetición de la vieja idea kelseniana que el ordenamiento jurídico más primitivo es de carácter religioso⁴.

La primera ley sobre quiebra en los Estados Unidos de América fue dictada el 4 de abril de 1800, el Congreso para aquel momento, inspirada en la legislación inglesa. Por ello, la legislación de los Estados Unidos de América y Reino Unido tienen ciertas similitudes en esta materia. Dicha primera ley, tuvo una vigencia de apenas tres años. Posteriormente, en 1841 una nueva Ley fue dictada, sin embargo, fue nuevamente derogada dos años más tarde.

Durante el siglo XVIII hubo una confrontación del orden ideológico y político entre los Federalistas quienes consideraban que el comercio era un elemento esencial, y, por lo tanto, la legislación debería ser Federal y los Jeffesornianos quienes cuestionaban que la legislación fuera necesaria del todo⁵. La Ley Federal de 1998 es la primera Ley Federal en materia de quiebra o concursal en los Estados Unidos.

Paralelamente, la idea bizantina de considerar la deuda un pecado o una falla fue cambiada por la idea de fallo económico. Y, por lo tanto, a partir de 1839 se comenzó un movimiento en los Estados Unidos para abolir la prisión por deuda. La Corte Suprema convalidó la despenalización de la prisión por deuda en el área federal. Posteriormente, los Estados de la Unión se fueron moviendo en semejante dirección poco a poco.

El objetivo de la presente investigación es reflexionar sobre los procesos concursales en general haciendo uso del método comparado. Así pretende esbozar la posibilidad de aprender de la experiencia de otras legislaciones para la mejora bien sea *lege ferenda* o a través de las interpretaciones de los jueces venezolanos en la aplicación de las normas sobre la materia. Aunque es común el clima político y jurídico venezolano el repudio de todo americanismo, consideramos que aprender de las legislaciones más avanzadas es esencial para la recuperación económica de nuestro destruido Estado de Derecho. La legislación concursal norteamericana es amistosa con el deudor⁶, su interés es deudor-céntrico, es decir no intenta enfocarse exclusivamente en el proceso de recolección de los créditos, sino en dar un nuevo comienzo al acreedor, casi como nuestro olvidado beneficio de atraso. Las reglas federales sobre quiebra son el producto de tres grandes grupos de presión: el grupo de acreedores, aquellos a favor del interés del deudor y los especialistas en procesos concursales⁷.

⁴ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 2ª ed., 1958, p. 17.

⁵ Moustaira, *International Insolvency Law...*, ob. cit., p. 4.

⁶ Bernardo, Pedro José, Cross-border insolvency and the challenges of the global corporation: evaluating globalization and stakeholder predictability through the UNCITRAL model law on cross-border insolvency and the European Union insolvency regulation, en: *Ateneo Law Journal*, 2012, p. 827.

⁷ Skeel, David, *Debt's dominion. A history of bankruptcy law in America*, Princeton University Press, 2001, p. 16.

II. La naturaleza de los procesos de quiebra

Los procesos concursales en general y la quiebra en particular son un fenómeno multidimensional⁸, cuya realidad económica se proyecta ampliamente en las normas que la regula. Se considera que la quiebra es un proceso económico complicado porque debe atender a la naturaleza del crédito, el deudor, su acceso al crédito, sus bienes y las condiciones del mercado, así como también su capacidad productiva.

La insolvencia afecta el buen funcionamiento del mercado internacional, por lo que se requiere que se tomen medidas de coordinación respecto del patrimonio del deudor insolvente⁹. Esta área es ampliamente influenciada por la relación entre derecho y economía, sin importar de la posición que sobre estos dos puntos se mantenga, la relación es claramente visible. Por ellos, autores como Mason, de forma casi cínica, señala que el estatus de fallido es natural al desarrollo económico, pues que el negocio de una firma que no es rentable o eficiente sea tomado por otra, que, si lo es, no es más que parte del amplio proceso económico¹⁰.

Desde el punto de vista del derecho internacional privado ha habido un largo camino y colectivo esfuerzo para la armonización de las normas de los procesos concursales¹¹. Sin embargo, la tarea ha sido, salvo casos excepcionales, infructuosa. Dejando materias a la soberanía del derecho nacional, tales como la identificación de la propiedad de deudor, la verificación los reclamos del acreedor, la división de los bienes para satisfacer dichos reclamos, etc.

Problemas típicos de derecho internacional aparecen en esta área tales como el de jurisdicción, reconocimiento y ejecución de sentencias y elección de derecho aplicable. La razón es obvia: el deudor pondrá intereses en propiedades en diversos países o los acreedores pueden estar ubicados en diferentes países. El elemento de extranjería de mayor importancia aparece en aquellos supuestos en los cuales la insolvencia aqueja a una sociedad que forma parte de un grupo económico, ya que el desequilibrio financiero de uno de los miembros del grupo puede tener efectos para los demás integrantes. Sin embargo, la regla general es que se impide una extensión de la quiebra a sujetos distintos al propio fallido, en virtud del principio de separación de la personalidad jurídica¹².

⁸ Altman, Jamie, A test case in international bankruptcy protocols: the Lehman brothers insolvency, en: *San Diego International Law Journal*, 2011, p. 463.

⁹ Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, Insolvencia y Empresas en Crisis en el Mercosur: Una necesidad o una quimera, en: *Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Addendum, p. 94.

¹⁰ Mason, Rosalind, Cross-border insolvency law: where private international law and insolvency law meet, en: *International insolvency law. Themes and perspectives*, Routledge, 2008, p. 32.

¹¹ Moustaira, *International Insolvency Law...*, ob. cit., p. 10.

¹² Morlés Hernández, Alfredo, *Derecho de Grupo de Sociedades*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 613 s.

En general, los países siguen el *test* de insolvencia¹³. De acuerdo con esta doctrina, habrá insolvencia cuando en general, la situación del deudor es de tal manera que no puede cumplir con sus deudas conforme se hacen obligatorias, independientemente que su balance sea positivo. Y aunque el concepto de insolvencia esta basado el de “*cash flow*”, debido a las políticas que sustenta el sistema jurídico de cada país, las normas y procedimientos son distintos.

Así, por ejemplo, algunos tendrán mas sentimientos a favor del alivio del deudor, otros la disminución de la exposición a pérdida del acreedor, lo que definirá como las normas y procedimientos son diseñados¹⁴. En todo caso, se entiende por quiebra “al proceso de ejecución colectiva contra los bienes del comerciante en estado de cesación de pagos, cuya finalidad es liquidar su patrimonio para satisfacer a los acreedores, en consideración al monto y calidad de sus créditos”¹⁵, cuya finalidad “constituye una medida de protección para el comercio en general y, en especial, para los acreedores sin distinción alguna”¹⁶.

A. Universalismo vs. territorialismo.

El tema de procesos colectivos transfronterizo choca con el claro conflicto entre dos principios de política publica o *policies* en el sentido americano. Por un lado, el universalismo que considera la unidad del proceso de quiebra, es decir, un solo proceso por cada deudor insolvente, sin importar la localización del crédito y sus bienes¹⁷. Consecuencia de este principio, se tendrá una sola corte que administrara la insolvencia, a través de la *lex fori concursus*, es decir que la ley de dicha corte regulará el comienzo, proceso, administración y finalización de la quiebra. Asimismo, las distintas sentencias serán efectivas en todos los países en donde los bienes se encuentran localizados.

Autores como Guzmán señalan los beneficios del universalismo, entre ellos, la reducción del costo transaccional, predictibilidad, eficiencia en la colocación de los riesgos desde el inicio (*ex ante*), evita el *forum shopping*, entre otros¹⁸.

Por el contrario, el territorialismo da énfasis en la importancia de la diferencia de la legislación nacional, así como hace eco de la interferencia de los intereses políticos

¹³ Fletcher, Ian, *Insolvency in Private International Law*, Oxford, OUP, 2ª ed., 2005, p. 4.

¹⁴ Wood, Philip, *Maps of World Financial Law*, Allen & Overy, 3ª ed., 1997.

¹⁵ Pérez Pacheco, Yaritza, El patrimonio de las sociedades mercantiles: la quiebra internacional, en: *La empresa y sus negocios de carácter internacional*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2011, p. 174.

¹⁶ Pérez Pacheco, El patrimonio de las sociedades mercantiles... , ob. cit., p. 175.

¹⁷ Fletcher, *Insolvency in Private International Law...*, ob. cit., p. 11.

¹⁸ Guzman, Andrew, International Bankruptcy: In Defense of Universalism, en: *Michigan Law Review*, 2000, disponible en: <https://bit.ly/321M52J>, última consulta 15 de marzo de 2021.

domésticos. Es considerado que la aplicación estricta de universalismo afecta la soberanía¹⁹. En el derecho americano el territorialismo²⁰ es considerado el “*grab rule*”²¹.

Dado como hemos hecho mención que ambas son posibilidades de organización de las normas y políticas referente a los procesos concursales, su debate es irresoluble²². Se considera que universalismo puro sería beneficioso si es desarrollado a través de un Convención Internacional²³, sin embargo, se reconoce que la idea que los procesos concursales estén regidos por un régimen único está a décadas si no siglos de distancia²⁴. Nosotros tenemos la opinión que indiferente de la existencia de un régimen legal o un tratado que organice la materia, el juez puede ser eco de sus recursos de interpretación reconociendo la realidad económica subyacente, y logrando los objetivos de internacional de la norma de conflicto²⁵.

Pese a las dificultades en ambos extremos, el llamado “universalismo mitigado” se ha alzado como el enfoque dominante a nivel comparado²⁶. El universalismo mitigado apareció en el movimiento codificador de la Convención Europea de 1995, que aparece en la Regulación de la Unión Europea. Similarmente, la Ley Modelo de la UNCITRAL de 1997 en materia de Insolvencia Transfronteriza acoge también el modelo mitigado. Otra de las propuestas ha sido el llamado “*Universal Proceduralism*”²⁷, que trata de respetar las prioridades locales, pero centrándose en el deudor, sin darle tanta importancia a la igualdad en la realización del crédito. Indiferentemente del enfoque que se tome hay un acuerdo entre la doctrina que al menos en materia de procesos concursales transfronterizo los regímenes de quiebra de los países interesados están armonizados²⁸. Sin embargo, otras voces critican

¹⁹ LoPucki, Lynn M, The case for cooperative territoriality in international bankruptcy, en: *Michigan Law Review*, 2000, p. 2216.

²⁰ Entre las críticas al territorialismo es la incapacidad de resolver todos los problemas en materia concursal. El encarecimiento del proceso. La dificultad de reorganización y liquidación de los bienes.

²¹ Guzman, Andrew, International Bankruptcy: In Defense of Universalism, en: *Michigan Law Review*, 2000, Vol. 98, p. 2177. Disponible en: <https://bit.ly/3cUBSLT>, última consulta 15 de marzo de 2021.

²² Rasmussen, Robert, Where are all the transnational bankruptcies? The puzzling case for universalism, en: *Brooklyn Journal International Law*, 2007, p. 983.

²³ Kent, Anderson, The cross-border insolvency paradigm: a defense of the modified universal approach considering the Japanese experience, en: *University of Pennsylvania Journal International Economy Law*, 2000, p. 682.

²⁴ Moustaira, *International Insolvency Law...*, ob. cit., p. 11.

²⁵ Ley de Derecho Internacional Privado, art. 2. Véase: Hernández-Breton, Eugenio, Los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, en: F. Parra Aranguren (ed.), *Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren. Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje No. 1, 2002, p. 177.

²⁶ Mevorach, Irith, *The future of cross-border insolvency. Overcoming biases and closing gaps*, Oxford University Press, 2018, p. 1403.

²⁷ Para una teoría sobre el Procedurismo Universal, véase: Janger, Edward, Universal Proceduralism, en: *Brook Journal International Law*, 2007, <https://bit.ly/3mx9h2n>, última consulta 15 de marzo de 2021.

²⁸ Westbrook, Jay, Theory and pragmatism in global insolvencies: choice of law and choice of forum, en: *American Bankruptcy Law Journal*, 1991, No. 65, pp. 457-490 y Moss, Gabriel, Group insolvency - choice of forum and law: the European experience under the influence of English pragmatism, en: *Brooklyn Journal International Law*, 2007, No. 32, pp. 1005-1018.

fuertemente a esta tendencia de universalismo mitigado porque al final puede ser utilizado como una herramienta para que las cortes locales protejan a los acreedores locales, aplicando la Ley y el procedimiento local²⁹.

Como consecuencia de lo anterior, ha aparecido al menos en doctrina la idea de un territorialismo cooperativo, en el cual cada tribunal aplique sus propias normas concursales, que erradica el problema del “*home country*”, o lo que es lo mismo, la idea de una jurisdicción universal, que supone un mismo régimen mundial. Sin embargo, tal mundo, no existe aún.

Otros lo denominan el principio internacionalista³⁰ ya que aboga el axioma que una insolvencia internacional requiere y la respuesta colaborativa de cada estado cuyos intereses esta materialmente afectado por el caso. Esta posición reconoce la necesidad de un tratado y en ausencia de ella, normas de derecho internacional privado que regulen la materia. En general, el principio internacionalista o universalismo atenuado llama por la aplicación de los ideales del colectivo, igualdad de trato de todos los acreedores y el respecto de los derechos adquiridos. Esto nos lleva a analizar el caso venezolano.

En principio, el sistema venezolano participa del principio de pluralidad-territorialidad de la quiebra, ya que se considera que solo los bienes del comerciante que existen en el país donde sea declarada la quiebra pueden ser afectados por el procedimiento de insolvencia y, en consecuencia, dicha declaratoria solo surte efectos locales y permite que el mismo deudor pueda declarar quiebra en diferentes Estados³¹.

B. El caso venezolano

La Reforma al Código de Comercio de 1955 no contiene ninguna norma específica sobre la insolvencia o procesos concursales internacionales. Más aún, las normas de nuestro viejo Código de Comercio no contienen nada sobre restructuración de la entidad, solo normas dirigidas a regular el proceso de liquidación.

Evidentemente, en caso de una decisión foránea que pretenda ser ejecutada en Venezuela tendría que basarse en los artículos 53 y 55 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela. Por supuesto dicha decisión no puede tocar derechos reales sobre bienes localizados en Venezuela, ya que es uno de los requisitos del exequatur.

El artículo 39 de la Ley de Derecho Internacional Privado, similarmente al derogado artículo 53 del Código de Procedimiento Civil, reconoce el domicilio del demandado como

²⁹ LoPucki, Lynn, Cooperation in international bankruptcy: a post-universalist approach, en: *Cornell Law Review*, 1999, No. 84, pp. 696-762.

³⁰ Fletcher, *Insolvency in Private International Law...*, ob. cit., p. 15.

³¹ Pisani, María Auxiliadora, *La quiebra, Derecho venezolano*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005, pp. 64 ss.

principal criterio atributivo de jurisdicción³². La razón de ser de esta disposición es que garantiza el derecho a la defensa, facilitando la aplicación del principio constitucional del debido proceso (art. 49 Constitucional) ya que el demandado tiene derecho a ser demandado en el lugar de su domicilio³³.

Adicionalmente, el artículo 41 de la Ley de Derecho Internacional Privado regula lo pertinente a las universalidades de bienes. Siguiendo la jurisprudencia sobre la materia³⁴, el precitado artículo diferencia entre bienes individuales y universalidades, como la quiebra. Así, la jurisdicción venezolana se atribuye sobre la universalidad de bienes, sin que sea relevante si la misma comprende bienes inmuebles o muebles ubicados en el extranjero. La aplicación de diversos derechos, basados en la ubicación de los bienes, desfiguraría la naturaleza de la universalidad³⁵.

Basta señalar que el numeral 1 del artículo 41 de la Ley de Derecho Internacional Privado recoge el criterio del paralelismo³⁶ o también denominado criterio de transposición de los criterios de conflicto de leyes. Asimismo, el numeral 2 de la mencionada Ley reconoce que Venezuela tendrá jurisdicción cuando algunos bienes de la universalidad se encuentren en Venezuela. Se ha mencionado en doctrina que dicho artículo podría contener un criterio exorbitante, si los bienes son pocos o de poco valor económico³⁷. La jurisprudencia, sin embargo, ha reconocido que el Estado de ubicación del bien puede reservarse el derecho de reconocer la sentencia que respecto a dicho bien se dictare en el marco del juicio universal³⁸.

A nivel de tratados el único que existe sobre la materia en Venezuela es el Código de Sánchez de Bustamante de 1928³⁹. En el artículo 318 se consagra, para litigios que dan origen al ejercicio de acciones civiles y mercantiles, a la sumisión como criterio general atributivo de jurisdicción, en sus formas expresas y tácitas. La sumisión en general requiere para su funcionamiento que una de las partes sea nacional o tenga su domicilio en el Estado contratante al cual se somete el conocimiento de las controversias⁴⁰. La sumisión, de

³² En sentido contrario en materia de divorcio véase: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativo, sentencia No. 181, del 22 de octubre de 2020.

³³ En Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativo, sentencia No. 344, 26 de febrero de 2002, caso *Mauricio Moreno vs. BJ Servicios de Venezuela, C.A.*

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativo, sentencia No. 7486, 1 de noviembre de 1990, caso *Interamericana de Fletes, C.A vs. Morgan Grace Shipping*.

³⁵ Pérez Pacheco, *El patrimonio de las sociedades mercantiles...*, ob. cit., p. 186.

³⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativo, sentencia No. 00941, 20 de abril de 2006.

³⁷ Pérez Pacheco, *El patrimonio de las sociedades mercantiles...*, ob. cit., p. 187.

³⁸ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativo, sentencia No. 1405, 7 de octubre de 2009, caso *Marleni Beatriz Abrea Araujo vs. Abilio Antonio de Oliveira Marques*.

³⁹ Esta en vigor para Brasil, Bolivia, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Salvador y Venezuela.

⁴⁰ Pérez Pacheco, *El patrimonio de las sociedades mercantiles...*, ob. cit., p. 177.

acuerdo con el Código de Bustamante, también opera en los casos de jurisdicción voluntaria, de acuerdo con el artículo 330 *eiusdem*.

De acuerdo con el artículo 328 establece que, en procesos de quiebra, cuando el deudor esta voluntariamente en el país de su domicilio, el juez de ese país tendrá competencia. Por su parte, artículo 329 que en procesos de quiebra que han sido solicitado por petición de acreedores, deberá tener competencia el juez del país en donde el acreedor haya solicitado la quiebra, con preferencia, al país en donde se encuentre el domicilio del deudor, si esta entre los lugares en donde se hace la reclamación, de ser reclamado por los acreedores.

El Título “De la quiebra o concurso” se encuentra el artículo 414 que establece que, si el deudor solo tiene un domicilio, civil o mercantil, no puede haber más que un solo juicio, que puede ser preventivo de la quiebra o quiebra para todos los bienes del deudor y obligaciones en los estados parte. Esta norma contiene el principio de unidad de la quiebra. Las disposiciones del Título pretenden evitar que, una vez declarada la quiebra de una persona física o jurídica por un Estado, esta no pueda seguir realizando negocios en otro Estado, pues lo que se encuentra en peligro no es su capacidad negociar sino todo su patrimonio⁴¹.

El capítulo II del mismo título, tiene varios artículos que son necesarios comentar, y se refieren a los efectos extraterritoriales de la declaración quiebra. El artículo 416 establece que la declaración de incapacidad del quebrado o concursado tiene efectos extraterritoriales en los países contratante si se cumplen las formalidades de registro y publicación de la legislación de cada estado requiere.

El artículo 417 establece por su parte que la sentencia que declara la quiebra dictada en alguno de los Estados contratantes podrá ser ejecutada en otros estados siguiendo el procedimiento del Código de Bustamante para ejecución de sentencia. No obstante, producirá plenos efectos desde el momento que se hace final.

Por su parte, el sindico tendrá poderes de acuerdo con el Código de Bustamante, sin necesidad de seguir normas locales, de acuerdo con el artículo 418. De acuerdo con el artículo 419 el derecho aplicable a la quiebra determinara los efectos retroactivos de la declaratoria de quiebra y la anulabilidad de ciertos actos, siendo aplicable al resto de los Estados Contratantes. El artículo 420 *eiusdem* es un artículo que establece una excepción, concreción del principio *lex rei sitae*, por lo cual las acciones sobre acciones o derechos reales se regirá por la ley del lugar de ubicación. Sin duda, dicho principio de jurisdicción exclusiva sobre bienes o derechos reales rompe con la regla unidad-universalidad de la quiebra⁴².

⁴¹ Sánchez de Bustamante, Antonio, Derecho internacional privado, La Habana, 1943, Tomo III, p. 125.

⁴² Pérez Pacheco, El patrimonio de las sociedades mercantiles. . . , ob. cit., p. 180.

La extinta Corte Suprema de Justicia en el caso *Interamericana de Fletes, C.A., vs. Morgan Grace Shipping Inc.*, consideró que los tribunales de un Estado tienen jurisdicción para conocer de la quiebra de las compañías domiciliadas en su territorio o que tengan en el sucursales o establecimientos⁴³. De esta manera, se admitió el principio de la unidad-universalidad de la quiebra, vinculado con el domicilio del deudor, en la medida que nuestro sistema reconoce a la quiebra como un procedimiento universal, en el cual los bienes del fallido forman una universalidad de bienes⁴⁴.

El capítulo III se refiere al Convenio y la rehabilitación. De acuerdo con el artículo 422 la decisión que se pronuncia sobre la rehabilitación tendrá efectos extraterritoriales en los demás Estados parte desde el momento que la decisión así lo disponga o se haga definitiva y de acuerdo con sus propios términos. El artículo 421 establece por su parte que el acuerdo entre el deudor y los acreedores tendrá efectos extraterritoriales en los demás Estados contratantes, salvo a lo relativo a las acciones reales de los acreedores que no hubieran aceptado el acuerdo.

En Venezuela ha habido varios proyectos con el objeto de modernizar la legislación concursal, pero ninguno aprobado. De acuerdo con Morles Hernández⁴⁵, Venezuela tiene la misma legislación de quiebras de los Códigos de Comercio europeos del siglo XIX, ya derogados en sus países de origen, lo cual nos hace un llamado a repensar la materia.

III. UNCITRAL: Ley Modelo de 1997

A. Generalidades

En esta sección nos encargaremos de revisar las normas de la Ley Modelo y ver hasta que punto pueden ser incorporadas en Venezuela vía *lege ferenda*. Para su análisis y ejecución mencionaremos la interpretación hecha por los jueces norteamericanos dado que como hemos mencionado el sistema de quiebra americano es el más avanzado y amistoso con el deudor. La otra razón por el uso de jurisprudencia y doctrina norteamericana es que la Ley Modelo UNCITRAL tiene fuerte tradición e influencia de la Sección 304 de *US Bankruptcy Code* y su elaboración por la casuística⁴⁶.

⁴³ Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativo, sentencia No. 7486, 1 de noviembre de 1990.

⁴⁴ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativo, sentencia No. 736, caso *Valdona Limited Ltd. vs. Vábulas Aragua, C.A y otras*.

⁴⁵ Morlés Hernández, Alfredo, El régimen de la crisis de la empresa mercantil, en: *Centenario del Código de Comercio venezolano de 1904*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2004, Tomo II, p. 1947.

⁴⁶ Franken, Sefa, Cross-border insolvency law: a comparative institutional analysis, en: *Oxford Journal Legal Study*, 2014, No. 34, pp. 97-131.

Inicialmente la Ley Modelo de Quiebra Transfronteriza 1997 (Ley Modelo), fue elaborada para resolver problemas y diferencias en materia procedimentales. Entre las bondades de la Ley Modelo es que puede ser acogida por países de diferente tradición, *common law or civil law*, y, además, independientemente del avance económico del país⁴⁷.

Ha sido acogida por 52 jurisdicciones. El hecho que ha sido adoptada por EE. UU. y Reino Unido ha llevado a muchos a creer que es necesario su adopción para incorporarse en el derecho comercial internacional⁴⁸. Razón por la que pensamos que Venezuela debería adoptarla si quiere ser competitiva en el futuro. En otro lugar también hemos recomendado la adopción de la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias a fin de acrecentar la competitividad de nuestra legislación y modernizar nuestro sistema de garantías⁴⁹.

Otras de las bondades de la Ley Modelo es que acoge el universalismo mitigado. No intenta unificar el derecho material o sustantivo, ya que deja muchísimo regulado por el derecho local⁵⁰. Una vez adoptada, el artículo 8 de la Ley Modelo, solicita la interpretación con miras al origen internacional del instrumento y la uniformidad en la aplicación⁵¹. Será trabajo de los jueces venezolanos respetar la naturaleza de la Ley Modelo.

La Ley Modelo no pide reciprocidad como norma *default*⁵². Esta inspirada en la necesidad de cooperación internacional. Se prohíbe las apropiaciones individuales de acreedores que pusiesen en riesgo la esperanza de un proceso exitoso e incrementando el agregado de bienes⁵³. Se promueve la comunicación de los administradores de la quiebra en diferentes procedimientos (art. 26) y la cooperación entre los tribunales y cortes (Art. 27), esto es un claro divorcio del territorialismo extremo⁵⁴.

Nos parece interesante citar la opinión de una corte norteamericana sobre el manejo de la Ley Modelo. En el caso, *ABC Learning Centres, Ltd*, la corte señaló que “La Ley Modelo refleja el enfoque universalista de la insolvencia trasnacional. Trata la quiebra internacional como un proceso singular, con otras cortes asistiéndola”⁵⁵.

⁴⁷ Clift, Jenny, International insolvency law: the UNCITRAL experience with harmonization and modernization techniques, en: *Year Private International Law*, 2009, No. 11, pp. 405-424.

⁴⁸ Mevorach, *The future of cross-border insolvency...*, ob. cit., p. 517.

⁴⁹ Briceño Pérez, Luis, La propiedad como garantía: las garantías reales mobiliarias en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado, en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2020, No. 13, pp. 501-535, <https://bit.ly/3dN2AFq>, última consulta 15 de marzo de 2021.

⁵⁰ Moustaira, *International Insolvency Law...*, ob. cit., p. 74.

⁵¹ Moustaira, *International Insolvency Law...*, ob. cit., p. 74.

⁵² Riley, Christopher, Designing Default Rules in Contract Law: Consent, Conventionalism, and Efficiency, en: *Oxford Journal of Legal Studies*, 2000, Vol. 20, No. 3, pp. 367-390.

⁵³ McCormack, Gerard, US exceptionalism and US localism? Cross-border insolvency law in comparative perspective, en: *Legal Study*, 2016, p. 136.

⁵⁴ Moustaira, *International Insolvency Law...*, ob. cit., p. 75.

⁵⁵ *In re ABC Learning Centres Ltd*, (2013), 728 F3d 301.

B. Common Law: EE. UU.

El Capítulo 15 del Título 11 del Código de los Estados Unidos fue dictado en 2005, como parte del *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*, reemplazando la sección 304 del Código de Quiebra.

De acuerdo con *Tacon v. Petroquest*⁵⁶ el Código fue dictado basado en la Ley Modelo UNCITRAL como un medio de promover la unificación de los procesos de insolvencia y para el beneficio de los negocios americanos en el exterior. Así pues, el Capítulo 15 reemplazó la sección 305 del *US. Bankruptcy Code*. De acuerdo con el Capítulo 15 las Cortes Norteamericanas deben ser guiadas por los principios de *comity* y cooperación.

Ni la sección 304 ni el capítulo 15 menciona alguna norma sobre aplicación de derecho extranjero. Por lo tanto, los jueces norteamericanos no tienen obligación de aplicar normas sobre insolvencia foránea ni si quiera normas sobre la distribución⁵⁷. Sin embargo, en caso de conflicto entre un tratado y este capítulo, aplica las normas del tratado.

En la sección 1501 (a) se codifica los principios rectores del Capítulo 15, a saber:

*(a) The purpose of this chapter is to incorporate the Model Law on Cross-Border Insolvency so as to provide effective mechanisms for dealing with cases of cross-border insolvency with the objectives of –(1) cooperation between– (A) courts of the United States, United States trustees, trustees, examiners, debtors, and debtors in possession; and (B) the courts and other competent authorities of foreign countries involved in cross-border insolvency cases; (2) greater legal certainty for trade and investment; (3) fair and efficient administration of cross-border insolvencies that protects the interests of all creditors, and other interested entities, including the debtor; (4) protection and maximization of the value of the debtor’s assets; and (5) facilitation of the rescue of financially troubled businesses, thereby protecting investment and preserving employment*⁵⁸.

Moustaira establece cuatro características del Capítulo 15. En primer lugar, el juez norteamericano decide si tratar el procedimiento extranjero como de quiebra o no, independientemente de la calificación del juez extranjero⁵⁹. En segundo lugar, el juez norteamericano garantizará ayuda al síndico si los acreedores americanos están suficientemente protegidos⁶⁰. El artículo 20(a) de la Ley Modelo, que aparece en la Sección 1520(a) del Código Norteamericano de Quiebra, establece que se otorgará la medida de paralización de toda acción en curso o que intente iniciarse. Similarmente la sección 1521 del Código citado y

⁵⁶ *In re Condor Ins. Ltd*, 601 F 3d319, 322 (5th Cir, 2010).

⁵⁷ Moustaira, *International Insolvency Law*..., ob. cit., p. 77.

⁵⁸ En: <https://bit.ly/3rWDhFV>, última consulta 15 de marzo de 2021.

⁵⁹ Franken, *Cross-border insolvency law*..., ob. cit., p. 127.

⁶⁰ Pensamos que esto es el resultado de balancear el principio del territorialismo y universalismo, anteriormente explicado.

el artículo 21 de la Ley Modelo establece las medidas que pueden otorgarse una vez reconocido en el extranjero.

Tercero, similarmente con la característica anterior, el Capítulo 15 del *U.S Code* no hace previsión de normas especiales relativas a la distribución de bienes, por lo tanto, en dichos casos se aplicará la legislación local para aquellos bienes ubicados en los Estados Unidos.

Cuarto, en relación con la interpretación de las normas, se considera que pueden aplicarse otras fuentes internacionales que en conjunto permitan realizar el propósito del Congreso de obtener uniformidad internacional en materia de insolvencia transfronteriza⁶¹.

C. Orden público

El orden público es una de las nociones de mas difícil definición en el ámbito del Derecho internacional privado⁶². El Artículo 6 de la Ley Modelo fue adoptado por la Sección 1506 de *U.S Bankruptcy Code*, dicho artículo señala que una Corte puede negarse a tomar una acción, si dicha acción será manifiestamente contraria al orden publico de los Estados Unidos. La doctrina lo lee de manera estricta para solo aquellos casos mas fundamentales de orden público de los Estados Unidos⁶³.

Al menos hasta ahora la jurisprudencia norteamericana es escasa sobre esta materia. Por lo general, las cortes norteamericanas se niegan a aplicar dicha excepción. Sin embargo, Moustaira señala tres principios recogidos por la doctrina y jurisprudencia para interpretar y aplicar dicha norma.

1. El hecho que haya simple conflicto entre el derecho americano y la legislación foránea no es suficiente para invocar dicha excepción.

2. La excepción debe ser adoptada cuando haya injusticia procedimental y no se puedan adoptar mas medidas protectoras.

3. Un procedimiento extranjero no debe ser adoptado conforme el Capítulo 15 si su adopción es claramente violatoria de un Derecho Constitucional o Estatutario, y cuando la adopción de procedimiento frustraría la administración de la Corte norteamericana de adoptar el Capítulo 15.

⁶¹ Moustaira, *International Insolvency Law...*, ob. cit., p. 79.

⁶² Madrid Martínez, Claudia, Breves notas sobre el orden público y el reconocimiento de decisiones extranjeras en el sistema venezolano de Derecho internacional privado, en: *Temas de Derecho Internacional Privado*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, p. 362.

⁶³ Moustaira, *International Insolvency Law...*, ob. cit., p. 81.

La jurisprudencia y doctrina venezolana debería adoptar dichas consideraciones en materia de interpretación de normas de orden público en materia de quiebra para realizar el objetivo de equilibrio entre territorialismo y universalismo⁶⁴. Entre nosotros, es considerado el orden público como la herramienta que permite al juez, tanto en su papel de juzgador como en sede de reconocimiento, garantizar la integridad de los principios considerados fundamentales por una sociedad, la nuestra, en un momento determinado⁶⁵.

D. Comentarios a la Ley Modelo

Uno de los beneficios de una Ley Modelo, a diferencia de un tratado, es la idea que los países tienen mucha libertad para adaptar la Ley Modelo a sus necesidades prácticas y políticas; con el compromiso de mantener la compatibilidad de esta⁶⁶.

La Ley Modelo no define lo que debe entenderse por insolvencia⁶⁷. Sin embargo, del artículo 2 de la Ley Modelo es claro que el objeto de regulación de la Ley son los procedimientos contra diversos tipos de deudores, tanto la de liquidación como los destinados a la reorganización del patrimonio del deudor como entidad comercial. Por argumento, al contrario, no es objeto de regulación de la Ley Modelo el procedimiento de liquidación de una entidad solvente. Tampoco la Ley Modelo discrimina si el deudor es una persona jurídica o persona natural.

La Ley Modelo tiene unos objetivos bien claros representados por cuatro conceptos: Acceso, Reconocimiento, Medidas Otorgables y Cooperación. Los revisaremos brevemente a continuación.

1. Acceso

En primer lugar, se autoriza al representante de la insolvencia a actuar en un Estado Extranjero (art. 5) en representación de un procedimiento en su Estado de origen. Entre los derechos que tiene el representante extranjero se encuentra: el derecho de acceso directo a los tribunales del Estado (art. 9); derecho a apertura de un procedimiento en el Estado extranjero con arreglo a las condiciones aplicables a dicho Estado (art. 11) y el derecho a solicitar el reconocimiento del procedimiento extranjero para el cual se le ha nombrado (art.

⁶⁴ Chung, John, In Re Qimonda AG: the conflict between comity and the public policy exception in Chapter 15 of the Bankruptcy Code, en: *Boston University International Law Journal*, 2014, p. 95.

⁶⁵ Valdivieso, Rubén Darío, Orden público, en: *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2019, No. 1, p. 339. Véase en: <https://bit.ly/3wzsjpz>, última consulta 15 de marzo de 2021.

⁶⁶ Fletcher, *Insolvency in Private International Law...*, ob. cit., p. 452.

⁶⁷ En la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia se entiende por insolvencia el “estado de un deudor que no puede atender al pago general de sus deudas a su vencimiento o estado financiero de una empresa cuyo pasivo excede del valor de su activo. Véase: <https://bit.ly/2Q2pf8A>, última consulta 15 de marzo de 2021.

15). También tiene derecho para accionar una petición en el Estado extranjero a fin de anular o dejar sin efecto todo acto perjudicial para los acreedores (art. 23) y para intervenir en todo procedimiento local en el que el deudo sea parte (art. 24).

No hay extensión de la jurisdicción del tribunal extranjero, por el hecho que el representante pueda presentar una solicitud ante dicho tribunal (art. 10). No hay normas relativas a la reglamentación de las notificaciones, dicho silencio debe ser suplido por el derecho interno o tratados internacionales validos para las partes.

2. Reconocimiento

La Ley Modelo no tiene como objetivo reconocer todos los procedimientos de insolvencia extranjero. De hecho, se debe cumplir con los requisitos del artículo 2 sobre las características del procedimiento extranjero⁶⁸. El proceso de solicitud y reconocimiento se apoya en una serie de presunciones que figuran en el artículo 16 los cuales permiten reconocer la autenticidad y validez de los certificados y documentos provenientes del extranjero.

Adicionalmente, la Ley Modelo permite denegar el reconocimiento cuando haya claras violaciones de orden público del Estado que se procure obtenerlo. Siendo la intención que se interprete de forma restringida de aplicación limitada y excepcional.

Del reconocimiento de derivan varios efectos. El principal es el otorgamiento de medidas para prestar asistencia al procedimiento extranjero (arts. 20 y 21), además el representante extranjero tendrá derecho a participar en procedimientos de insolvencia en el Estado Extranjero, e impugnar de ser necesario.

3. Medidas otorgables

El principio general es que deben otorgarse las medidas que se consideren necesarias para el desarrollo ordenado y equitativo del procedimiento extranjero de insolvencia transfronteriza, en forma de medidas provisionales o luego del reconocimiento. Para cada uno de los casos la Ley Modelo establece el tipo de medidas (art. 20). Asimismo, el tribunal podrá otorgar medidas provisionales desde la presentación de la solicitud de reconocimiento hasta que se resuelva esa solicitud (art. 19).

Hay medidas otorgables de tipo discrecional por el tribunal (art. 21). Algunas de las medidas, son la paralización de las acciones de un acreedor de tipo individual y la prohibición de enajenar o gravar los bienes. La paralización de todo acción y medida de ejecución dará el respiro necesario para adoptar medidas apropiadas de reorganización o de

⁶⁸ Entre ellos, que sea un procedimiento colectivo extranjero, a fines de liquidación o reorganización bajo supervisión de un tribunal.

liquidación de los bienes del deudor. El congelamiento es imperativo, y sirve para evitar fraudes y amparar el interés legítimo de toda la parte afectada. Las excepciones a las medidas imperativas estarán regidas por el derecho interno aplicable a la insolvencia (art. 20).

4. Cooperación y coordinación

La Ley Modelo promueve y autoriza la cooperación entre los tribunales y los representantes extranjeros, aun antes del reconocimiento. En el artículo 27 de la Ley Modelo se enumeran posibles medios de cooperación y los cuales se mencionan en la Guía Prácticas de la UNCITRAL sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza⁶⁹.

Conclusiones

La Ley Modelo de la OEA ha sido adoptada por más de cincuenta países. El sistema venezolano relativa al concurso representado por las normas sobre quiebra o atraso no ha sido actualizado en los últimos cincuenta años.

En Venezuela no hay normas sobre procesos concursales transfronterizos, más allá del régimen general. Hoy por hoy es imperativo la adopción de las normas de la Ley Modelo, por ser avanzadas y eficientes.

También es posible adoptar algunas de las reglas jurisprudenciales del sistema anglosajón vía jurisprudencialmente, haciendo las reservas en caso de incompetencia con las normas y particularidades propias del sistema civil.

⁶⁹ En: <https://bit.ly/3fQAYM7>, última consulta 15 de marzo de 2021.