

# La insolvencia transfronteriza en la globalización, su aplicación en Colombia y regulaciones de la insolvencia transfronteriza en otras partes del globo<sup>1</sup>

Cross-border insolvency in globalization, its application in Colombia and cross-border insolvency regulations in other parts of the globe

CLAUDIA HELENA BOTINA BOLAÑOS<sup>2</sup>

## RESUMEN

Este artículo tiene por objetivo presentar el panorama actual de la insolvencia transfronteriza a nivel global y, específicamente, en Colombia a la luz de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza, la cual surgió para "autorizar y alentar la cooperación y la coordinación entre jurisdicciones"<sup>3</sup> como respuesta a la globalización.

- 1 Fecha de recepción: 21 de agosto de 2022. Fecha de aceptación: 9 de diciembre 2022. Para citar el artículo: Botina C. "La Insolvencia Transfronteriza en la globalización, su aplicación en Colombia y regulaciones de la Insolvencia Transfronteriza en otras partes del Globo". *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 21, N° 2, junio–diciembre 2022. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v21n2.04>
- 2 Estudiante de quinto año de Derecho en la Universidad Externado de Colombia. Énfasis en Derecho Público e Internacional Público. Colombia. Contacto: [claudia.botina@est.uexternado.edu.co](mailto:claudia.botina@est.uexternado.edu.co)
- 3 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997), (sn), [https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/modellaw/cross-border\\_insolvency](https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency)

Palabras Clave: Insolvencia transfronteriza, globalización, Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza Ley 1116 de 2006.

## ABSTRACT

This article aims to present the current panorama of cross-border insolvency globally and, specifically, in Colombia in light of the UNCITRAL Model Law on cross-border insolvency, which focus on "authorizing and encouraging cooperation and coordination between jurisdictions" as a response to globalization.

Key Words: Cross-border insolvency, globalization, UNCITRAL Model Law on Cross- Border Insolvency, Law 1116 of 2006.

## INTRODUCCIÓN

La globalización es un fenómeno económico que ha surgido por el avance masivo de las interacciones comerciales, lo que llevó a la interacción entre múltiples sujetos y actores del derecho internacional, entre los que se encuentran los individuos, las compañías globales, las multinacionales y las transnacionales.

Como consecuencia de las masivas interacciones comerciales a nivel global, surgió la necesidad de regular la insolvencia de las empresas que tienen bienes y acreedores en varios lugares del mundo, lo cual genera el nacimiento de la figura jurídica de la insolvencia transfronteriza.

Por lo anterior, varias organizaciones internacionales han creado pautas para facilitar la insolvencia transfronteriza. Una de estas es la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("CNUDMI"), la cual creó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza ("Ley Modelo de la CNUDMI").

Se debe recordar que, "Las leyes modelo de la CNUDMI tienen como objetivo establecer referentes para los Estados que quieran regular ciertos asuntos de Derecho Mercantil Internacional. No son convenciones o tratados, por lo cual no son documentos que impliquen ningún tipo de obligación para los Estados a los que están destinadas. Por el contrario, cada Estado es libre de determinar si acoge o no determinada ley modelo de la CNUDMI para incorporarla en su Derecho interno"<sup>4</sup>.

4 Rafael E. Wilches Durán, La insolvencia transfronteriza en el derecho colombiano, Revista de Derecho Vol: No 32 (2009): pág. 165.

En ese sentido, Colombia adoptó la Ley Modelo de la CNUDMI en 2006 a través de la Ley 1116 de 27 de diciembre de 2006 "Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones". Sin embargo, se debe tener en cuenta que la Ley CNUDMI es una ley procedimental y no procesal. Por ello, es válido analizarla de cara al derecho comparado para establecer sus ventajas y desventajas y así propender por mejorar esto en el orden jurídico-económico internacional.

## 1. LA RELACIÓN ENTRE LA GLOBALIZACIÓN Y LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA: LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA

La globalización es un fenómeno económico que "se refiere a la creciente integración de las economías de todo el mundo, especialmente a través del comercio y los flujos financieros"<sup>5</sup>, es decir, es un fenómeno económico que tiene su origen en el avance masivo de las múltiples interacciones comerciales.

Por ello, la globalización "enfoca su análisis en un sistema internacional de interdependencias, pues las relaciones internacionales se mueven a partir de las interacciones de gran cantidad de actores además de los estatales. (...) bajo este presupuesto, el sistema internacional globalista o transnacionalista no solamente involucra las relaciones de poder vinculadas a los Estados, en dicho escenario también participan todo tipo de actores cuyas acciones giran en torno a actividades económicas, comerciales, políticas y financieras"<sup>6</sup>. Uno de estos nuevos sujetos es el individuo y, entre los actores, se encuentran las compañías globales: transnacionales y multinacionales.

Cuando la globalización apenas estaba en sus cimientos, cada país tenía su propio régimen de insolvencia, pero, como consecuencia de las masivas interacciones comerciales a nivel global, surgió la necesidad de regular la insolvencia transfronteriza a través de criterios comunes entre Estados. Por esto, varias organizaciones internacionales han creado pautas para facilitar la insolvencia transfronteriza.

Una de estas organizaciones internacionales es la CNUDMI, la cual se encarga de armonizar y fomentar la unificación del Derecho Mercantil Internacional. En aras de su función, creó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, la cual fue aprobada en 1997.

La Ley Modelo de la CNUDMI tiene por objeto "ayudar a los Estados a dotar a sus respectivos regímenes de la insolvencia de un marco legislativo moderno

5 Fondo Monetario Internacional, *La globalización: ¿Amenaza u oportunidad?* (2020), <https://www.imf.org/external/np/exr/ib/2000/esl/041200s.htm>

6 Juan Camilo Restrepo Vélez, *La globalización en las relaciones internacionales. Actores internacionales y sistema internacional contemporáneo*, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Vol: No 119 (2013): pág. 635.

para resolver con mayor eficacia los casos de insolvencia transfronteriza en que el deudor se encuentre en una situación financiera muy precaria o sea insolvente [y] su principal función es autorizar y alentar la cooperación y la coordinación entre jurisdicciones en lugar de promover la unificación del derecho sustantivo en materia de insolvencia, y respeta las diferencias entre los diferentes derechos procesales de cada país<sup>7</sup>.

En ese sentido, para la Ley Modelo de la CNUDMI la insolvencia transfronteriza es "aquella en la que el deudor tiene bienes en más de un Estado o en la que algunos de los acreedores del deudor no son del Estado donde se está tramitando el procedimiento de insolvencia"<sup>8</sup>.

Sin embargo, este concepto es muy amplio y se podría concretizar mejor en el concepto de Sotomonte Mujica, para quien la insolvencia transfronteriza es: "aquella situación patrimonial de hecho que: i. Imposibilita al deudor para cumplir con sus obligaciones, bien sea transitoria o permanentemente, pudiendo conducirlo a cesar en sus pagos o a temer llegar a hacerlo; ii. Se ha exteriorizado bien sea por sí sola o por confesión del deudor, de tal forma que ha dado inicio a un concurso o debe llegar a hacerlo, y iii. Que involucra a su vez algún ingrediente internacional derivado de la red generada a través de la actividad económica y la interacción comercial"<sup>9</sup>.

Por ende, la Ley Modelo de la CNUDMI surgió como respuesta al rápido avance de la globalización por las múltiples interacciones comerciales que se dan en este contexto internacional para facilitar la obtención de una justicia material tanto para los acreedores como para el deudor aplicando reglas procesales que sean comunes a varios Estados.

No obstante lo anterior, uno de los grandes problemas a los que se afronta la Ley Modelo de la CNUDMI es que, como la ley modelo no es obligatoria, sino que cada país decide voluntariamente si la acoge a su ordenamiento jurídico o no, habrán diferencias en el tratamiento jurídico que se le dé al deudor y a los acreedores cuando la insolvencia transfronteriza se deba aplicar entre Estados que se hayan acogido la Ley Modelo de la CNUDMI y Estados que no se hayan acogido a esta.

## 2. COLOMBIA Y LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA

La Asamblea General de las Naciones Unidas, preocupada porque el incremento del comercio y la inversión transfronteriza estaba llevando a más casos de insolvencia en los cuales tanto empresas como particulares tenían activos en más de un Estado, a través de la resolución de 1097, le recomendó a los

7 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Op. Cit.

8 Ibidem.

9 David Ricardo Sotomonte Mujica, *Insolvencia transfronteriza: evolución y estado de la materia* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009), pág. 32.

Estados adoptar una ley modelo para facilitar la cooperación y coordinación transfronteriza y la supervisión y administración de los activos y asuntos del deudor insolvente<sup>10</sup>.

Como consecuencia de ello, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza de 1997 ha sido acogida a día de hoy en 51<sup>11</sup> Estados<sup>12</sup>. Uno de los países que la acogió en su mayoría fue Colombia en 2006 a través de la Ley 1116 de 27 de diciembre de 2006 "*Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones*". Esta Ley marcó un antes y un después en la regulación que se le venía dando a la insolvencia transfronteriza en Colombia.

## 2.1. REGULACIÓN DE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA ANTES DE LA LEY 1116 DE 2006 EN COLOMBIA

En Colombia, antes de que el Congreso expidiera la Ley 1116 de 2006, existían varias normas que regulaban la insolvencia transfronteriza: "el Tratado de Montevideo de 1889, la Resolución 2201 de 1997 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, la Convención de La Haya de 1961 sobre la eliminación de la legalización para documentos públicos extranjeros, ratificada mediante la Ley 455 de 1998 y promulgada mediante el Decreto 106 de 2001 y la Convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias, ratificados a través de la Ley 27 de 1998 y el Decreto 652 de 2000"<sup>13</sup>.

Sin embargo, con la expedición de la Ley 1116 de 2006, la normativa dio un cambio inesperado en cuanto Colombia se acogió a través de esta a la Ley Modelo de la CNUDMI.

## 2.2. REGULACIÓN DE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA DESPUÉS DE LA LEY 1116 DE 2006 EN COLOMBIA

Con la expedición de la Ley 1116 de 2006, Colombia acogió, en su mayoría, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza, la cual "recoge en (...) las prácticas internacionales que se habían estado dando en materia de insolvencia transfronteriza, contenidas en convenciones, convenios, tales como, la Convención Nórdica sobre quiebras de 1933, el Convenio Europeo

10 Esteban Carbonell O'Brien, La insolvencia transfronteriza, Estudios de Derecho Empresarial Vol 10: No 2 (2016): pág. 134.

11 Se debe aclarar que, si bien en el sitio web oficial de la UNCITRAL se dice que 51 Estados han acogido la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza, en verdad en la tabla que esta misma muestra se contabilizan 52 Estados.

12 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Op. Cit.

13 María Cristina Durán Prieto y Ana María Reinales Londoño, Insolvencia transfronteriza (tesis pregrado, Pontificia Universidad Javeriana, 2003), pág. 50.

sobre Procedimientos de Insolvencia del Consejo de la Unión Europea, el Proyecto sobre Insolvencia Transnacional del American Law Institute, la Ley Modelo sobre Cooperación en la Insolvencia Internacional y el Concordato de Insolvencia Transfronteriza<sup>14</sup>.

A través de la Ley Modelo de la CNUDMI, se eliminaron las instituciones de exhorto y las cartas rogatorias porque no eran eficientes en cuanto el trámite era engorroso y poco ágil. Lo que se busca con la Ley Modelo de la CNUDMI es eliminar la mayor cantidad de trámites posibles para resolver de manera más eficiente los casos de insolvencia transfronteriza<sup>15</sup>. Por lo que la normativa de la Ley Modelo de la CNUDMI "implica [la] cooperación de los Tribunales, armonización de las distintas legislaciones, una mayor seguridad jurídica, un trato igualitario para los acreedores, una mayor protección de los bienes del deudor, entre otras"<sup>16</sup>. Marcándose así un antes y un después respecto a la situación jurídica de los deudores y acreedores en la insolvencia transfronteriza.

Por ello es que los propósitos de la Ley 1116 de 2006 son: "1. Regular la cooperación entre las autoridades competentes de la República de Colombia y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza. 2. Crear un mecanismo que dote de mayor seguridad jurídica al comercio y las inversiones. 3. Propender por una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluido el deudor. 4. Garantizar la protección de los bienes del deudor y la optimización de su valor"<sup>17</sup>.

Además, bajo esta Ley "Toda persona natural o jurídica que lleve a cabo una actividad empresarial y que se reputa comerciante está sometida a este régimen; es decir, se exige que realice negocios de carácter permanente dentro del territorio nacional, independientemente de que su capital sea privado o mixto. Lo que importa en este caso es que la persona tenga la calidad de comerciante o desarrolle una actividad empresarial (...), la actividad económica de la persona (natural o jurídica) puede ser desarrollada mediante establecimientos de comercio y/o sucursales de sociedades extranjeras"<sup>18</sup>.

En ese sentido, el artículo 86 de la Ley 1116 de 2006 estableció cuatro casos en los cuales es aplicable esta norma para la solución de casos de insolvencia transfronteriza: "1. Un tribunal extranjero o un representante

14 Ibid. págs. 49-50.

15 Ibid. pág. 50.

16 Ibid.

17 Congreso de la República de Colombia, Ley 1116 de 2006, Artículo 85.

18 María Victoria Vásquez Valencia y Andrés Felipe Ángel Posada, La insolvencia transfronteriza: generalidades de un fenómeno económico con un impacto jurídico, Criterio jurídico Vol 11: No 2 (2011): pág. 160.

extranjero solicite asistencia en la República de Colombia en relación con un proceso extranjero, o 2. Sea solicitada la asistencia en un Estado extranjero en relación con un proceso tramitado con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia, o 3. Estén tramitándose simultáneamente y respecto de un mismo deudor un proceso extranjero y un proceso en la República de Colombia, o 4. Los acreedores u otras personas interesadas, que estando en un Estado extranjero, tengan interés en solicitar la apertura de un proceso o en participar en un proceso en curso con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia"<sup>19</sup>.

Por lo anterior, se debe recalcar que la Ley 1116 de 2010 tiene varias particularidades, entre las que se encuentran: "[1] Está dirigida al sistema empresarial. Por lo tanto, no aplica a la persona natural no comerciante, para la cual se expidió recientemente una norma específica, la Ley 1380 de 2010, por la cual se establece el régimen de insolvencia para la persona natural no comerciante. [2] Es de doble finalidad o aplicación, ya que tiende a la protección del crédito e igualmente a la conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo. [3] La Superintendencia de Sociedades actúa con facultades jurisdiccionales en procesos de reorganización y liquidación. [4] El deudor-empresario debe sustentar información de tipo contable, financiero y jurídico de la empresa en crisis. [5] El juez tiene facultades especiales, tales como solicitar información útil y decretar medidas de protección (embargo) y custodia (secuestro) de los bienes del deudor (...). [6] el valor de los bienes del deudor a la hora de venderlos o adjudicarlos se realiza tomando el valor comercial de los mismos; esto se hace con el fin de sacar un máximo de provecho del patrimonio del deudor"<sup>20</sup>.

Además de esto, la Ley 1116 de 2006 es concreta respecto de a quienes considerará como sujetos e intervinientes en un proceso de insolvencia transfronteriza en cuanto define qué se entiende por deudor, por acreedor (respecto de este no lo define, pero lo clasifica en cinco tipos), por promotor y por liquidador. Mientras que la Ley Modelo de la CNUDMI únicamente los menciona, pero no los define<sup>21</sup>.

Aunando a lo anterior, si bien la Ley Modelo de la CNUDMI busca facilitar la realización del trámite de la insolvencia transfronteriza, esto no siempre es posible porque, como se dijo anteriormente, al ser una ley modelo su aplicabilidad y efectividad depende de que los Estados la acojan en su ordenamiento

19 Congreso de la República de Colombia, Op. Cit, Artículo 86.

20 María Victoria Vásquez Valencia y Andrés Felipe Ángel Posada, Op. Cit. págs. 160-161.

21 Angela Regina Correa Caraballo, Ley modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza: análisis Comparativo de su aplicación en la República de Colombia y en el Sistema Federal de los Estados Unidos de América (tesis pregrado, Universidad de Cartagena, 2011), págs. 29-31.

jurídico, sin embargo, a día de hoy sólo la han acogido 51<sup>22</sup> países, lo que dificulta su real aplicación y más aún cuando varios de los Estados latinoamericanos no la han acogido.

Por ello es importante mostrar a día de hoy, 2 de junio de 2022, qué Estados han acogido la Ley CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza en su ordenamiento jurídico:

TABLA 1. ESTADOS QUE HAN ACOGIDO LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA (1997)<sup>23</sup>

Australia (2008)	Emiratos Árabes: Mercado Global de Abu Dabi (2015). Centro Financiero Internacional de Dubái (2019)	Malawi (2015)	República de Corea (2006)
Bahrein (2018)	Eslovenia (2007)	Malí (2015)	República Democrática del Congo (2015)
Benin (2015)	Estados Unidos de América (2005)	Marruecos (2018)	República Dominicana (2015)
Brasil (2020)	Filipinas (2010)	Mauricio (2009)	Rumania (2002)
Burkina Faso (2015)	Gabón (2015)	México (2000)	Senegal (2015)
Camerún (2015)	Ghana (2020)	Montenegro (2002)	Serbia (2004)
Canadá (2005)	Grecia (2010)	Myanmar (2020)	Seychelles (2013)
Chad (2015)	Guinea (2015)	Níger (2015)	Singapur (2017)
Chile (2013)	Guinea Ecuatorial (2015)	Nueva Zelandia (2006)	Sudáfrica (2000)
Colombia (2006)	Guinea-Bissau (2015)	Panamá (2016)	Togo (2015)
Comoras (2015)	Israel (2018)	Polonia (2003)	Uganda (2011)
Congo (2015)	Japón (2000)	Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: Islas Vírgenes Británicas (2003). Gibraltar (2014). Reino de Gran Bretaña (2006)	Vanuatu 2013
Côte d'Ivoire (2015)	Kenya (2015)	República Centroafricana (2015)	Zimbabwe (2018)

\*Obtenido de: [https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/modellaw/cross-border\\_insolvency/status](https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status)

- 22 Se debe aclarar que, si bien en el sitio web oficial de la UNCITRAL se dice que 51 Estados han acogido la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza, en verdad en la tabla que esta misma muestra se contabilizan 52 Estados.
- 23 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Op. Cit, Situación actual, [https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/modellaw/cross-border\\_insolvency/status](https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status)

### 3. TENSIONES ENTRE LOS PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA EN LA LEY 1116 DE 2006 Y LOS PRINCIPIOS DE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA EN LA LEY MODELO DE LA CNUDMI

Los principios del régimen de insolvencia en la Ley 1116 de 2006 se fundamentan en los principios del derecho concursal. Por ello, primero se hará una breve referencia a los principios generales del derecho concursal para dar paso a los principios que rigen la insolvencia en la Ley 1116 de 2006 y compararlos con los principios que rigen la insolvencia en la Ley Modelo de la CNUDMI.

#### 3.1. PRINCIPIOS DEL DERECHO CONCURSAL COLOMBIANO E INTERNACIONAL

El derecho concursal colombiano, de acuerdo a Montiel Fuentes, está regido por 4 principios legales: el principio de universalidad objetiva, el principio de universalidad subjetiva, el principio de igualdad o *par conditio creditorum* y por el principio de oficiosidad. Pero, además, para este autor, se debe incluir otro principio que tiene sustento en la Constitución Política y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana: el principio de conservación de empresa<sup>24</sup>. Sotomontes Mujica coincide con Montiel Fuentes en que el ordenamiento jurídico colombiano en materia concursal se rige por los primeros 4 principios<sup>25</sup>.

En ese orden de ideas, primero, el principio de universalidad objetiva "persigue la recuperación de todo el patrimonio económico mediante la obligación de que todos los acreedores concurren al proceso concursal o liquidatorio para de esta manera contar con el suficiente capital económico para pagar las acreencias, conforme a las disposiciones de la ley"<sup>26</sup>.

Segundo, el principio de universalidad subjetiva se refiere ampliamente a que la totalidad de los acreedores del deudor en crisis deben concurrir al proceso concursal<sup>27</sup>.

Tercero, el principio de igualdad o "*par condition creditorum*" busca "la satisfacción igualitaria de todos los acreedores (...). Entonces supone el tratamiento equitativo a todos los acreedores que concurren al proceso de insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación legal de créditos"<sup>28</sup>.

24 Carlos Mario Montiel Fuentes, La teoría de los principios y los principios del derecho concursal (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019), págs. 96-147.

25 David Ricardo Sotomonte Mujica. Op. Cit. págs. 41-47.

26 Ibid. págs. 102-103.

27 Ibid. pág. 103.

28 Ibid. pág. 109.

Cuarto, el principio de oficiosidad se refiere tanto a la posibilidad de que un trámite o proceso concursal sea iniciado por la autoridad competente sin que para ello deba mediar solicitud del deudor o del acreedor, como a que el juez está obligado a actuar pese a la inactividad de las partes<sup>29</sup>.

Por último, el quinto principio al cual Montiel hace referencia es al principio de conservación de empresa, el cual no está establecido en la ley, pero que se desprende de la Constitución Política y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>30</sup>.

Sin embargo, no existe la misma uniformidad en los principios que rigen el derecho concursal en el ámbito internacional. De esto da cuenta Torres Castañeda, quien después de un análisis de las posturas de Sotomonte Mujica y de Candelario Macias concluye que el derecho concursal en el ámbito internacional se rige por los principios de universalidad tanto objetiva como subjetiva y por el principio de igualdad<sup>31</sup>.

Por lo anterior se infiere que, el derecho internacional es más flexible en cuanto opera respecto de varios Estados y debe ser común a ellos de tal manera que no se interfiera abruptamente en la soberanía estatal.

### 3.2. PRINCIPIOS DE LA INSOLVENCIA EN LA LEY 1116 DE 2006 Y LOS PRINCIPIOS DE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA EN LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA

La Ley 1116 de 2006 establece que la insolvencia se regirá por los principios de universalidad, igualdad, eficiencia, información, negociabilidad, reciprocidad y gobernabilidad económica.

En ese sentido, respecto a la universalidad, la Ley no distingue entre universalidad objetiva y subjetiva, pero alberga a ambas en la definición. Por ende, se debe entender que la universalidad subjetiva hace referencia a que todos los acreedores están llamados a hacer parte del concurso con el fin de obtener la satisfacción de sus acreencias y de enfrentar las consecuencias legales adversas por el incumplimiento de su carga, mientras que la universalidad objetiva se refiere a que el patrimonio del deudor es un patrimonio común a los acreedores<sup>32</sup>.

29 Ibid. pág. 116 haciendo referencia a David Ricardo Sotomonte Mujica Op. Cit. pág. 41.

30 Ibid. pág. 147.

31 Biviana del Pilar Torres Castañeda, Principios internacionales de insolvencia transfronteriza reconocidos en la ley colombiana, Cuadernos De La Maestría En Derecho Vol: No 4 (2015): pág. 242.

32 Juan José Rodríguez Espitia, Nuevo régimen de insolvencia (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019), págs. 124-125.

Respecto de la igualdad, este principio tiene dos facetas: la primera implica que se le debe dar un tratamiento igualitario a todos los acreedores (par conditio creditorum), pero en forma estratificada al interior de cada clase de créditos y la segunda implica a todos los acreedores de rango o condición similar deberán ser satisfechos en proporción a la cuantía de su crédito de acuerdo a los bienes de la masa que estén disponibles para su distribución<sup>33</sup>.

Además, la igualdad debe ser material, no simplemente formal, por lo cual está referida a tres aspectos: "i) la forma de extinción de la obligación que debe ser una misma para todos los acreedores, ii) el tiempo para la atención de las obligaciones que debe ser uno mismo para todos aquellos acreedores que pertenezcan a una idéntica clase o grado, y iii) las condiciones financieras para la atención de la obligación"<sup>34</sup>.

Respecto de la eficiencia, se debe decir que este no es un principio como tal, sino una regla del desarrollo de los negocios contenida en cualquier escenario de insolvencia<sup>35</sup>. Por ello, la eficiencia consiste en "optimizar los recursos que componen el patrimonio del deudor para hacerlos rentables en provecho fundamental de los acreedores"<sup>36</sup>.

Respecto del principio de información, este se refiere a que todos los participantes del concurso tengan la información necesaria, la cual debe ser completa, integral, seria y fidedigna<sup>37</sup>.

Respecto del principio de negociabilidad, este debe entenderse como aquel que "debe orientar las actuaciones de las partes, en especial en el escenario recuperatorio donde el objeto del mecanismo es conservar y recuperar la empresa con la celebración de un acuerdo en el cual concurre la voluntad de los acreedores".<sup>38</sup> Además, este principio también se refiere a la posibilidad de conciliar las objeciones formuladas por las partes a los proyectos de calificación y graduación del crédito y derechos de voto<sup>39</sup>. Por último, es importante recalcar que este principio está esencialmente atado a la finalidad del Régimen de insolvencia porque le da primacía a la buena fe de las partes y de esa forma procurar lograr soluciones satisfactorias para las partes y recuperar y conservar la empresa en procesos de reorganización<sup>40</sup>.

Respecto de la gobernabilidad económica, se debe decir que no es un principio, sino el reconocimiento del contenido económico de los regímenes

33 Ibid. 126-127.

34 Ibid. pág. 128.

35 Ibid. pág. 129.

36 Ibid.

37 Ibid. pág. 130.

38 Ibid. pág. 132.

39 Ibid.

40 Darío Andrés Henao Arias, Eficacia y aplicación de los principios orientadores del régimen de insolvencia empresarial por parte del juez del concurso, (tesis pregrado, Universidad de Caldas, 2021), pág. 32.

de insolvencia, puesto que este consiste en que en la "fase recuperatoria el proceso de insolvencia cumpla su finalidad y los acreedores puedan recibir el pago en unas condiciones sensatas a fin de que su sacrificio se traduzca en la recuperación de la empresa"<sup>41</sup>.

Por último, se puede decir que el principio de reciprocidad es aquel que permite la armonización entre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza y la Ley 1116 de 2006, por lo que este se encarga de "armonizar la insolvencia de empresarios colombianos con bienes extranjeros, o de empresarios extranjeros con bienes y acreedores en territorio colombiano"<sup>42</sup>.

Por otra parte, el artículo 4 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza prevé como características principales de esta, que a su vez pueden llegar a ser entendidas como principios, las siguientes: "a) El acceso a los tribunales de un Estado para los representantes de procedimientos de insolvencia sustanciados en el extranjero y para los acreedores, y la autorización a los representantes de procedimientos de un Estado para solicitar asistencia en otro; b) El reconocimiento de determinadas órdenes dictadas por tribunales extranjeros; c) El otorgamiento de medidas para ayudar a sustanciar procedimientos extranjeros; y d) La cooperación entre los tribunales de los Estados en que estén situados los bienes del deudor y la coordinación de procedimientos paralelos"<sup>43</sup>.

Por lo anterior, si bien los principios que rigen la insolvencia en la Ley 1116 de 2006 y en la Ley Modelo de la CNUDMI no son los mismos, se puede decir que tienen en común los principios de universalidad e igualdad, los cuales están consagrados en diferentes artículos en la Ley Modelo de la CNUDMI. Por ello, son dos normativas armónicas, pero no se puede obviar el hecho de que los principios en la ley CNUDMI son más flexibles para así asegurar la cooperación estatal en materia de insolvencia transfronteriza.

#### 4. PERSPECTIVA COMPARADA DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA

A través de los años, se han realizado integraciones políticas, económicas y jurídicas entre varios Estados. Una muestra de ello es el Mercado Común del Sur ("Mercosur") y la Unión Europea, los cuales respecto a la regulación de la insolvencia transfronteriza son polos totalmente opuestos, como se muestra a continuación.

41 Juan José Rodríguez Espitia, Op. Cit, pág. 133.

42 Ibid. pág. 133.

43 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y Guía para su incorporación al derecho interno e interpretación: Segunda Parte, artículo 4.

#### 4.1. MERCADO COMÚN DEL SUR O MERCOSUR: AUSENCIA DE REGULACIÓN

El Mercado Común del Sur ("MERCOSUR") es un proceso de integración regional conformado por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Venezuela y Bolivia que tiene por objetivo propiciar un espacio común para la generación de oportunidades comerciales y de inversiones a través de la integración competitiva de las economías nacionales al mercado internacional<sup>44</sup>.

Sin embargo, a pesar de que es una unión que busca la generación de inversiones y de interacciones comerciales entre los Estados que la conforman, "el Mercosur no cuenta con un régimen de derecho uniforme (originario o derivado) que prevea soluciones comunes a los cuatro Estados parte sobre casos de insolvencia internacional transfronteriza intra- bloque"<sup>45</sup>.

Lo anterior ha llevado a que sean tediosos los procesos de insolvencia transfronteriza en estos países puesto que sus legislaciones en insolvencia transfronteriza son muy diferentes e incluso, algunas veces llegan a ser discriminatorias<sup>46</sup>. Por lo que se necesita que los Estados adopten una regulación común a ellos para facilitar la insolvencia transfronteriza, donde podría ser una buena opción la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza.

#### 4.2. LA UNIÓN EUROPEA: REGLAMENTO 1346 DE 2000

La Unión Europea reguló la insolvencia transfronteriza a través de la Directiva 1023 del 20 de junio de 2019. Esta directiva surge en un "mercado común en el que son cada vez más frecuentes las insolvencias transfronterizas y, por tanto, es necesario adoptar una normativa común para coordinar las medidas a tomar respecto del patrimonio del deudor insolvente y ante la posibilidad de que este aproveche el distinto tratamiento que se le daría en los diversos Estados miembros"<sup>47</sup>.

Este Reglamento adoptó una postura ecléctica porque combina dos tipos de procedimientos: el modelo territorial y el modelo universal<sup>48</sup>:

44 Mercado Común del Sur, ¿Qué es el MERCOSUR?, (s.n), <https://www.mercosur.int/quienes-somos/en-pocas-palabras/>

45 Godofredo Agustín Ortiz, Armonización legislativa en materia de insolvencia transfronteriza en el Mercosur. Perspectivas comparadas con el arbitraje comercial internacional, Revista Jurídica Franco-Argentina Vol: No 6(2002): pág. 3.

46 Ibid. pág. 7.

47 María Isabel Candelario Macías, La disciplina normativa de la insolvencia en la Unión Europea, en Derecho Mercantil Contemporáneo, coords. María Isabel Candelario Macías y Jorge Oviedo Albán (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2005), pág. 437.

48 Rafael E. Wilches Durán, Op.Cit, pág. 190.

Por una parte, el modelo territorial implica que "cada Estado, donde el deudor posea bienes, organiza el concordato bajo el Derecho nacional, llevando consigo en primer lugar, la existencia de tantos procesos concursales como Estados donde el deudor posea bienes; en segundo término, cada proceso concursal se resolverá de conformidad con su Derecho interno; y por último, se verá circunscrita la asistencia de los acreedores a los del Estado en cuestión. Con todo, tanto la masa activa como la pasiva se limitan al territorio de cada Estado"<sup>49</sup>.

Por otra parte, el modelo universal implica que: "cuando la actividad económica de la empresa se desarrolla en varios mercados y afecta varios sujetos, el procedimiento concursal debe ser único, implicando esta posición que existirá un solo procedimiento que alcanzará todos los bienes del deudor, sin importar su ubicación dentro de los Estados miembros, aplicando un único Derecho procedimental y sustantivo, donde concurrirán tanto acreedores nacionales como extranjeros y en virtud del cual, las decisiones adoptadas, se reconocerán y ejecutarán en todos los demás Estados"<sup>50</sup>.

A primera vista, ambos modelos parecen ser contradictorios. Sin embargo, el Reglamento Europeo opta por un procedimiento universal atenuado. Dicha atenuación se concreta en 2 reglas de carácter territorial: "[1] las normas sobre ley aplicable en donde se fijan ciertas excepciones a la aplicación de la ley del foro concursal; y (...), [2] las normas cuyo objeto es permitir la apertura de procedimientos territoriales, que a su vez, solo se podrán abrir, primero donde el deudor tenga un establecimiento; segundo, bajo ciertas condiciones; tercero, subordinadas al procedimiento principal, cuando se abran ambos tipos; y finalmente, si bien la masa activa solo alcanza los bienes del deudor localizados dentro del Estado en cuestión, la masa pasiva no tendrá ningún límite territorial, pudiendo hacer parte cualquier acreedor, sea nacional o extranjero"<sup>51</sup>.

Esa posición acentuada del modelo universal facilita y agiliza el trámite de la insolvencia transfronteriza en cuanto este Reglamento "establece que un procedimiento abierto en un Estado miembro despliega sus efectos en el territorio de todos los Estados vinculados a este mismo reglamento y que el reconocimiento de los efectos del procedimiento en los demás Estados es automático, por ministerio de la ley, sin necesidad de exequátur porque no depende de publicación. Los bienes situados fuera del Estado de apertura quedan incluidos en la masa y sometidos al procedimiento. No obstante, este principio de universalidad se matiza con la posibilidad de iniciar otros procedimientos a nivel nacional, cuyo objeto son exclusivamente aquellos

49 Camilo Enrique Cubillos, El Procedimiento de insolvencia -una visión comunitaria-, Revista E-Mercatoria Vol 3: No 2 (2004): págs. 4-5.

50 Ibid. pág. 5.

51 Ibid. pág. 5.

bienes situados en Estados miembros distintos de aquel en el que se inicia el procedimiento principal<sup>52</sup>.

La posición ecléctica de la que parte este Reglamento se origina en el reconocimiento de la imposibilidad o de la inconveniencia de que exista únicamente un solo proceso concursal que abarque todo el patrimonio del deudor<sup>53</sup>. Por lo anterior, es que "la posición ecléctica del Reglamento 1346/2000 es muy distinta de la asumida por la ley modelo de la CNUDMI, pues la Unión Europea da una clara preponderancia al procedimiento principal, del cual dependen los procedimientos nacionales, mientras que la ley modelo de la CNUDMI no es tan clara al respecto, pues no hace depender necesariamente los unos de los otros. En la Unión Europea hay una clara coordinación y subordinación de los procedimientos secundarios al proceso principal"<sup>54</sup>.

En ese sentido, la Ley Modelo de la CNUDMI y el Reglamento 1346 de 2000 son normativas muy diferentes: el último es más avanzado y acorde con la globalización que la Ley Modelo de la CNUDMI en cuanto: (i) El Reglamento de la Unión Europea establece una única norma de conflicto, al disponer que se aplicará la ley del Estado miembro en cuyo territorio se abra el procedimiento, salvo algunas excepciones expresamente establecidas, mientras que la Ley Modelo de la CNUDMI no establece de manera clara cuál será la norma única de conflicto y, (ii) el Reglamento de la Unión Europea provee que el síndico tiene atribuciones transfronterizas, por lo que puede ejercer todas sus funciones en otro Estado miembro, mientras que en la Ley Modelo de la CNUDMI el representante extranjero sólo puede actuar en otro Estado si está expresamente facultado por el mismo<sup>55</sup>.

Por lo anterior, desde el Derecho Internacional se debería buscar crear un mecanismo que permita que el trámite de la insolvencia transfronteriza se pueda realizar de una manera mucha más ágil y expedita, como lo hace el Reglamento Europeo.

## CONCLUSIÓN

La necesidad de establecer parámetros igualitarios para los Estados frente a la insolvencia transfronteriza se ha debido a la globalización, la cual ha sido un fenómeno económico que ha impactado varias esferas en el interrelacionamiento de sujetos y actores del Derecho Internacional, lo que ha

52 Rafael E. Wilches Durán, *Op.Cit*, pág. 191.

53 Carlos Esplugues Mota, *Review of Comentario al Reglamento europeo de insolvencia de M. Virgos Soriano y F.J. Garcimartín Alférez*, *Revista Española de Derecho Internacional* Vol 56: No 2 (2004): pág. 1128.

54 Rafael E. Wilches Durán, *Op.Cit*, pág. 191.

55 *Ibid.* 192.

llevado a que se aumente el intercambio comercial entre Estados y por ello, se ha necesitado darle una solución común a la insolvencia transfronteriza.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza nace como respuesta al masivo aumento de intercambios comerciales y la preocupación de la Asamblea General de las Naciones Unidas de regular la insolvencia transfronteriza para que haya justicia material para los deudores como para los acreedores.

Esta Ley Modelo fue acogida por varios países, entre ellos Colombia a través de la Ley 1116 de 2006, lo cual facilitó el trámite de la insolvencia transfronteriza para empresarios colombianos que tienen bienes y/o acreedores en el extranjero y para empresarios extranjeros que tienen bienes y/o acreedores en Colombia.

Sin embargo, se debe reconocer que la Ley 1116 de 2006 es una Ley que se rige por varios principios: universalidad, igualdad, eficiencia, información, negociabilidad, reciprocidad y gobernabilidad económica; mientras que no se ha establecido per sé cuales son los principios que rigen la insolvencia en la Ley Modelo de la CNUDMI. No obstante, se ha establecido doctrinalmente que en dicha ley rigen los principios de universalidad y de igualdad. Lo cual nos lleva a concluir que la insolvencia transfronteriza es mucho más flexible en el ámbito internacional para facilitar la cooperación de los Estados en esta materia.

Por otra parte, si bien la Ley Modelo de la CNUDMI facilita el trámite de la insolvencia transfronteriza, este no es el mejor procedimiento a comparación del Reglamento de la Unión Europea 1346 de 2000, el cual propone un trámite mucho más avanzado y del cual se podría aprender.

## BIBLIOGRAFÍA

### NORMAS

Congreso de la República de Colombia, Ley 1116 de 2006, Artículo 85.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y Guía para su incorporación al derecho interno e interpretación.

### LIBROS

Montiel Fuentes, Carlos Mario. La teoría de los principios y los principios del derecho concursal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

Rodríguez Espitia, Juan José. Nuevo régimen de insolvencia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

Sotomonte Mujica, David Ricardo. *Insolvencia transfronteriza: evolución y estado de la materia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

#### ARTÍCULOS EN LIBRO

Candelario Macias, María Isabel. La disciplina normativa de la insolvencia en la Unión Europea. En *Derecho Mercantil Contemporáneo*, coordinado por María Isabel Candelario Macías y Jorge Oviedo Albán. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2005), págs. 427-482.

#### ARTÍCULOS EN REVISTA

Carbonell O' Brien, Esteban. La insolvencia transfronteriza. *Estudios de Derecho Empresario* Vol 10: No 2(2016): págs. 122-140.

Cubillos, Camilo Enrique. El Procedimiento de insolvencia -una visión comunitaria-. *Revista E- Mercatoria* Vol 3: No 2(2004): págs. 1-15.

Esplugues Mota, Carlos. Review Work: Comentario al Reglamento europeo de insolvencia by M. Virgos Soriano, y F. J. Garcimartín Alférez. *Revista Española de Derecho Internacional* Vol 56: No 2(2004): pág. 1128.

Ortiz, Godofredo Agustín. Armonización legislativa en materia de insolvencia transfronteriza en el Mercosur. Perspectivas comparadas con el arbitraje comercial internacional. *Revista Jurídica Franco- Argentina* Vol: No 6(2002): págs. 1-16.

Restrepo Vélez, Juan Camilo. La globalización en las relaciones internacionales. Actores internacionales y sistema internacional contemporáneo. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* Vol: No 119(2013): págs. 625-654.

Torres Castañeda, Biviana del Pilar. Principios internacionales de insolvencia transfronteriza reconocidos en la ley colombiana. *Cuadernos De La Maestría En Derecho* Vol: No 4(2015): pág. 242.

Vásquez Valencia, María Victoria y Andrés Felipe Ángel Posada. La insolvencia transfronteriza: generalidades de un fenómeno económico con un impacto jurídico. *Criterio jurídico* Vol 11: No. 2(2011): pág. 145-164.

Wilches Durán, Rafael E.. La insolvencia transfronteriza en el derecho colombiano, *Revista de Derecho* Vol: No 32(2009): 162-198.

#### TESIS

Correa Caraballo, Angela Regina, *Ley modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza: análisis comparativo de su aplicación en la República de Colombia*

y en el Sistema Federal de los Estados Unidos de América. Tesis pregrado, Universidad de Cartagena, 2011.

Durán Prieto, María Cristina y Ana María Reinales Londoño. Insolvencia transfronteriza. Tesis, Pontificia Universidad Javeriana, 2003.

Henaó Arias, Darío Andrés. Eficacia y aplicación de los principios orientadores del régimen de insolvencia empresarial por parte del juez del concurso. Tesis pregrado, Universidad de Caldas, 2021.

#### PUBLICACIONES EN INTERNET

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997) (sn), [https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/modellaw/cross-border\\_insolvency](https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency)

Fondo Monetario Internacional. La globalización: ¿Amenaza u oportunidad? (2020). <https://www.imf.org/external/np/exr/ib/2000/esl/041200s.htm>

Mercado Común del Sur, ¿Qué es el MERCOSUR?, (s.n), <https://www.mercosur.int/quienes-somos/en-pocas-palabras/>