

**EL PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA  
-UNA VISIÓN COMUNITARIA-\***

**Por Camilo Enrique Cubillos\***

La primera impresión que puede llegar a trascender en materia Concursal, es que existe cierta reticencia en lograr una normativización internacional de este tema, y esto por las características propias que comporta, en el entendido que se encuentra íntimamente ligada a un ámbito nacional ya sea de intereses privados, como resultan ser los de los acreedores y trabajadores del empresario insolvente, o bien de intereses públicos como serán los de los Estados<sup>1</sup>; empero la realidad económica ha determinado y demostrado una situación totalmente contraria.

La crisis económica de los países industrializados en los años 70 y la globalización económica de los 90 determinó la necesidad de una regulación de ámbito supranacional ante la crisis empresarial de entes de carácter transnacional, en la medida que los mismos preveían su actividad económica a otros mercados (comunitarios o bien extracomunitarios); y esto a través de grupos económicos, filiales, sucursales o matrices.

Varios fueron los intentos por regular los concursos supranacionales; sirve de ejemplo el Convenio de Estambul del Consejo de Europa de 5 de junio de 1990, en el que participaron países como Francia, Alemania, Italia, Bélgica, o Luxemburgo, pero también otros extracomunitarios como Chipre o Turquía; o la Ley modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la insolvencia transfronteriza, de 30 de mayo de 1997.

Pero este deseo regulador en el ámbito internacional, fácilmente es trasladado a un campo proclive a la libertad de circulación de personas y bienes como es el comunitario. En efecto, en la Comunidad Europea bien puede una persona física o jurídica, comerciante o no, realizar negocios u ostentar bienes o derechos en el territorio de varios Estados miembros, y que llegado el momento, se encuentra en una situación de crisis empresarial en uno o varios de los Estados miembros en que mantiene relaciones económicas.

---

\* Este artículo fue presentado a la Revista el 12 de mayo de 2004 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 2 de diciembre de 2004, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

\* Profesor investigador de la Universidad Externado de Colombia. Abogado y Especialista en Derecho de los Negocios de la misma Universidad, Master en Derecho de la Empresa MADE (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona), Doctorando en Derecho con especialidad en Derecho Patrimonial (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona).

<sup>1</sup> Al respecto se ha sostenido en repetidas oportunidades, por la trascendencia jurídica, que esta es una de las materias más “sensibles y delicadas”.

Allí, se plantearán inconvenientes en los varios Estados miembros donde el deudor posee sus bienes; impedimentos del orden de cuál es el órgano competente, cuáles los efectos personales y patrimoniales según los Estados, como se realizará o liquidará la masa en relación con los distintos créditos y garantías de cada Estado o cuál el *forum shopping*; estos y otros muchos cuestionamientos pueden emerger, por ello resulta necesario armonizar las legislaciones concursales de los Estados comunitarios<sup>2</sup> o por lo menos la creación de un Convenio o norma comunitaria que sirva para resolver los posibles conflictos en que se ven afectados dos o más países comunitarios. Esta armonización, este equilibrio jurídico comunitario está directamente vinculado al significado del Mercado Común, sin equilibrio difícilmente puede concretizarse el Mercado.

De ahí que muchos hayan sido los intentos por regular esta materia, bien en el ámbito internacional como en el comunitario, empero nos centraremos en este último y concretamente en la última iniciativa comunitaria: el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia.

Al adentrarnos en el estudio del Reglamento (CE) 1346/00, es pertinente recordar el origen propio del mismo, su trayectoria y la manera como fue desarrollándose en el mundo jurídico, para ello y de manera concisa, revisaremos el andamiaje jurídico comunitario.

El artículo 220 del *Tratado de Roma* constitutivo de la Comunidad Europea, se convirtió en el pilar que permitió erigir un sinnúmero de convenios en el ámbito de la cooperación judicial civil entre Estados miembros, sin perjuicio claro está, de la posibilidad de que dichos Estados celebraran convenios con terceros.

Así y dentro de este ámbito, se circunscribe el *Convenio de Bruselas*, del 27 de septiembre de 1968, sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil, documentos públicos con fuerza ejecutiva y las transacciones judiciales que, no obstante, excluían expresamente de su ámbito la quiebra y los procedimientos análogos. En virtud de esa exclusión se elaboró el *Convenio relativo a Procedimientos de Insolvencia*, complementario, por tanto, del Convenio de Bruselas, publicado en el periódico oficial de las Comunidades Europeas del 23 de noviembre de 1995.

Esencial al proceso evolutivo europeo, encontramos el *Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht)*, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, en virtud del cual se reconoce expresamente, artículo K.3.2.c, la posibilidad de adoptar convenios en los ámbitos contemplados en el K.1 de dicho Tratado, entre los que se encuentra la cooperación judicial en materia civil.

Por otra parte, el *Tratado de Amsterdam* en vigor desde el 1 de mayo de 1999, universalizó en el ámbito comunitario, la cooperación judicial civil; así el artículo 61. c)

---

<sup>2</sup> La inexistencia de un ordenamiento jurídico nacional homogéneo en todos los Estados respecto al proceso concursal, ha llevado a dar un trato desigual a una misma situación: Un mismo deudor insolvente puede tener diferente trato en cada Estado miembro donde posea sus bienes y por ende un trato desigual respecto de sus acreedores; lo que se traduce en actos contrarios a los principios inspiradores de la Comunidad.

(versión consolidada del Tratado de Roma)<sup>3</sup> estableció que para garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia, el Consejo adoptará las medidas necesarias en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, todo ello de conformidad con el artículo 65.

A su turno, el citado artículo 65 de la versión consolidada del Tratado de Roma, prescribió que las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adoptaran de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirían, la de mejorar y simplificar:

- El sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales.
- La cooperación en la obtención de pruebas.
- El reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales.
- Fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción.
- Eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros.

El Tratado de Amsterdam derogó expresamente el artículo K.3.2.c del Tratado de la Unión Europea, pero no así el artículo 220 del Tratado de Roma que, por tanto, coexistirá con los artículos 61 y 65, fundamentando el primero la posibilidad de convenios sobre competencia judicial, y los segundos la adopción de reglamentos y directivas sobre esta materia.

Es precisamente en este marco de los artículos 61 y 65 de la versión consolidada del Tratado de Roma donde encuentra su justificación el Reglamento (CE) 1346/00 del Consejo, del 29 de mayo de 2000.

Finlandia y Alemania, con fundamento en lo establecido en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, específicamente en el artículo 61 y apartado 1 del artículo 67, tuvieron la iniciativa que culminó con la aprobación el 29 de mayo de 2000 del Reglamento (CE) 1346/00 del Consejo, sobre procedimientos de insolvencia, que entró en vigor el 31 de mayo de 2002. Este instrumento fue el resultado obtenido por el esfuerzo y la preocupación del legislador comunitario de dotar al área de una regulación de la insolvencia transfronteriza.

En este estado no sobra recordar que los obstáculos a superar fueron y porque no, aún resultan ser relevantes; en primer lugar encontramos como aún existiendo normativas en el ámbito comunitario e internacional, estas no han entrado en vigor o se ha dificultado su

---

<sup>3</sup> Cabe aclarar que el artículo 61 se enmarca en el Título IV relativo a visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas.

ratificación<sup>4</sup> y en segundo término se observa como la Comunidad Europea más que entrar a armonizar las normas de los ordenamientos nacionales o pretender encontrar un "único" tipo de quiebra europea, intentó resolver los problemas típicos del Derecho Internacional Privado como resultan ser los conflictos de leyes y de jurisdicciones.

Ahora bien, tal y como se encuentra concebido el Reglamento 1346/00 y dadas las crecientes repercusiones transfronterizas de las actividades empresariales así como la incidente insolvencia de las empresas que se presentan en los mercados interiores, ha originado que el presente reglamento tenga por objeto, precisamente, aquellos procedimientos transfronterizos de insolvencia; estas razones determinaron la necesidad de coordinar las medidas que deberían adoptarse respecto de un deudor insolvente que tuviera bienes o acreedores en diferentes países.

En un primer acercamiento al contenido del reglamento, realizado de manera general, no sobraría establecer un fraccionamiento tripartito del reglamento, me explico, dentro de la normatividad reinante una parte de la misma se ocupa de regular lo relativo a la competencia judicial, otra al reconocimiento y efectos de las resoluciones dictadas en los procedimientos de insolvencia y una última al derecho aplicable en los mismos.

Siguiendo con nuestro hilo conductor, dentro del andamiaje económico comunitario interno, es imprescindible prevenir que las partes hallen incentivos para transferir bienes de un Estado miembro a otro en aras de una posición jurídica más favorable, situación esta que se ha conocido con la denominación de "*Forum shopping*". Por otra parte, la finalidad básica del reglamento que se trata, es la simplificación de las formalidades a que se encuentra sometido el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia concursal, para todos los Estados miembros, sin desconocer lo relativo a las reglas de competencia judicial internacional y sobre la ley aplicable. Estas tres reglas de uniformidad están acompañadas por normas procesales y materiales cuyo fin es afianzar el correcto funcionamiento del sistema, pero se entiende que por fuera de este sistema, seguirá vigente el Derecho de insolvencia nacional

Los procedimientos concursales internacionales, se suelen abordar desde dos modelos normativos, el *modelo territorial* y el *modelo universal*. La figura del modelo territorial

---

<sup>4</sup> El proyecto sobre quiebras, concordatos y procedimientos análogos de 1982, no entró en vigor por la reticencia de países como la República Federal Alemana, así que se abandonó las negociaciones en 1985. El Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia, hecho en Bruselas el 23 de noviembre de 1995, base del Reglamento 1346/00, no fue ratificado por el Reino Unido, quien de por sí es reacio a ceder su soberanía. El Convenio de Estambul de 5 de junio de 1990, que entró en vigor pero sólo para cinco Estados, cuando en principio hacían parte de las negociaciones otros países que no lo ratificaron como Italia y Chipre. Sin embargo existieron en el ámbito europeo una serie de Tratados, que fueron sustituidos por el artículo 44 del Reglamento 1346/00, entre los que cabe destacar, en primer lugar y del orden bilateral; el Convenio entre Bélgica y Francia relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales, laudos arbitrales y documentos públicos con fuerza ejecutiva (1899); el Convenio entre Bélgica y Austria sobre la quiebra, el concordato y el aplazamiento de pago (1969); el Convenio entre Bélgica y los Países Bajos relativo a la competencia judicial territorial, procedimientos de insolvencia y reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales, laudos arbitrales y documentos públicos con fuerza ejecutiva (1925); el Convenio entre Francia e Italia relativo a la ejecución de las actas judiciales en materia civil y mercantil (1930), entre otros; y en segundo término y del orden multilateral, el Convenio entre Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia e Islandia, relativo a la quiebra (1993) y el Convenio de Estambul (1990).

representa 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.

Por otra parte, de la figura del modelo universal se infiere 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.

Tanto en el modelo territorial como en el universal se pueden ir suavizando y desplazando hacia otros modelos intermedios, por ejemplo, en el modelo territorial se puede condicionar su apertura a la existencia de un establecimiento del deudor en el territorio del Estado, de igual forma, admitiendo que a la masa pasiva concurren acreedores extranjeros, es decir la masa pasiva será universal y la activa territorial; por otra parte en el modelo universal se puede admitir la apertura de un proceso territorial (Procesos territoriales autónomos) o la concurrencia de estos, de manera subsidiaria, con uno principal (procesos territoriales secundarios).

En este estado nos preguntamos, ¿Cuál es el modelo normativo que subyace en el texto comunitario? Al respecto podemos afirmar que se trata de un *modelo universal* y como tal, resulta moderado. El Reglamento parte de un estándar general con todas las consecuencias anteriormente mencionadas, es decir, que existe un procedimiento que alcanza todos los bienes del deudor, sin que para nada importe su ubicación dentro de los Estados miembros, ya que se aplicará un único derecho procedimental y sustantivo, donde concurrirán tanto acreedores nacionales como extranjeros y las decisiones adoptadas se deberán reconocer y ejecutar en todos los demás Estados; sin embargo, el Reglamento mitiga la universalidad del modelo, a través de dos clases de reglas, por una parte, las normas sobre ley aplicable en donde se fijan ciertas excepciones a la aplicación de la ley del foro concursal; y por otra, 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<sup>5</sup>; 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.

Los procedimientos territoriales pueden ser, bien independientes o autónomos, cuyo objeto será la insolvencia de una parte de la empresa sin involucrar al resto; ora

---

<sup>5</sup> A contrario de lo presupuestado en el modelo territorial, el Reglamento comunitario no considera suficiente la presencia de bienes del deudor para abrir el procedimiento concursal sino que es relevante la presencia estable y duradera de este (establecimiento).

secundarios o subordinados, cuando tras la apertura del procedimiento territorial autónomo se abriese la quiebra principal, caso en el cual, el primero adquirirá el carácter de procedimiento secundario. Sin embargo entre estos dos procedimientos existirá una cooperación, como sucede en el evento de la mutua colaboración entre los síndicos y el síndico de la quiebra principal. Esta cooperación explica en cierto sentido por qué los procedimientos secundarios sólo pueden ser de liquidación y no de saneamiento<sup>6</sup>.

Otro punto relevante respecto al Reglamento de insolvencia, es el que hace referencia al *ámbito de aplicación* del mismo. Al respecto cabe mencionar que dicho ámbito se aborda a partir de cuatro criterios: el ámbito de aplicación espacial, material, temporal y frente a los convenios internacionales ratificados por los Estados miembros.

El *ámbito de aplicación espacial* del Reglamento se encuentra limitado ya que sus normas se aplican a los procedimientos de insolvencia intracomunitarios, pues tratándose de procedimientos por fuera de la comunidad seguirán los postulados del Derecho internacional privado de cada Estado; verbi gratia, desde el punto de vista del deudor, las normas del Reglamento se aplicarán cuando este tenga su centro de intereses principales en el territorio de un Estado miembro<sup>7</sup>, no es suficiente con tener un establecimiento en la Comunidad, para aplicar el Reglamento, es imprescindible que este establecimiento tenga además el carácter de centro principal de intereses. Ahora bien, desde la posición de los acreedores, el Reglamento no se aplica a cualquiera de ellos, sino solo a los acreedores comunitarios, pues los extracomunitarios se regirán por el Derecho internacional privado de cada Estado de conformidad con los Artículos 39<sup>8</sup> y 44 No.3<sup>9</sup> y el Considerando No. 21.

---

<sup>6</sup> La justificación la podemos hallar, en que las decisiones tomadas en un procedimiento de saneamiento son dictámenes universales que comprometen toda la empresa, por tanto, permitir el saneamiento en un proceso secundario, conllevaría comportamientos abusivos por parte de algunos acreedores sobre otros, por esto los procedimientos secundarios solo pueden tener como objeto la liquidación sin perjuicio de las decisiones tomadas en el ámbito principal.

<sup>7</sup> **Considerando No. 14° del Preámbulo del Reglamento.**

"El presente Reglamento se aplica solamente a los procedimientos en que el centro de intereses principal del deudor esté situado en la Comunidad."

<sup>8</sup> **Reglamento 1346/00, Capítulo IV Información a los Acreedores y Presentación de sus Créditos. Artículo 39. Derecho a presentar los créditos.**

"Los acreedores que tengan su residencia habitual, su domicilio o su sede en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya abierto el procedimiento, incluidos las autoridades fiscales y los organismos de la seguridad social de los Estados miembros, tendrán derecho a presentar sus créditos por escrito en el procedimiento de insolvencia".

<sup>9</sup> **Reglamento 1346/00, Capítulo V. Disposiciones Transitorias y Finales. Artículo 44. Relación con los Convenios**

"(...) 3. El presente Reglamento no será aplicable:

a) en cualquier Estado miembro, cuando lo dispuesto en el mismo sea incompatible con las obligaciones en materia de quiebra resultantes de un Convenio celebrado antes de la entrada en vigor del presente Reglamento por dicho Estado y uno o varios terceros Estados;

El *ámbito de aplicación material*, se encuentra regulado en los artículos 1, 2. a y 2. c<sup>10</sup> del Reglamento.

El artículo 1º.1 del Reglamento 1346/00 circunscribe el ámbito de aplicación del reglamento, a tres grandes eventos<sup>11</sup>, por una parte se trata de procedimientos colectivos que se basan en la insolvencia del deudor, independientemente que estemos frente a una persona natural o jurídica, y que la misma se encuentre o no investida con los atributos de un empresario<sup>12</sup>. En segundo termino, él ámbito de aplicación se delimita únicamente a procedimientos que impliquen un desapoderamiento del deudor, que bien pueden ser totales o parciales; para finalmente concluir que dicho ámbito se circunscribirá a aquellos procedimientos que impliquen también el nombramiento de un síndico.

Con todo, el artículo 2º inciso b)<sup>13</sup>, prescribe lo que ha de entenderse por síndico, y se considera que estará investido de esta calidad cualquier persona u órgano cuya función

---

b) en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en la medida en que sea incompatible con las obligaciones en materia de quiebra y liquidación de empresas insolventes resultantes de cualquier acuerdo adoptado en el marco de la Commonwealth vigente en el momento de la entrada en vigor del presente Reglamento.”

**10 Reglamento 1346/00, Capítulo I Disposiciones Generales. Artículo 2 Definiciones**

“A efectos del presente Reglamento se entenderá por:

a) "procedimiento de insolvencia": uno de los procedimientos colectivos contemplados en el apartado 1 del artículo 1. La lista de dichos procedimientos figura en el anexo A;

...

c) "procedimiento de liquidación": el procedimiento de insolvencia contemplado en la letra a) que implica la liquidación de los bienes del deudor, incluidos casos en los que el procedimiento se termina, bien a consecuencia de un convenio o de otras medidas, que pongan fin a la insolvencia del deudor, bien a causa de la insuficiencia del activo. Estos procedimientos se enumeran en el anexo B;”

**11 Reglamento 1346/00, Capítulo I Disposiciones Generales. Artículo 1º Ámbito de Aplicación.**

“1.El presente Reglamento se aplicará a los procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor que impliquen el desapoderamiento parcial o total de este último y el nombramiento de un síndico”.

<sup>12</sup> Cabe resaltar, que dentro de este orden normativo comunitario, no se determina que se debe concebir por *insolvencia*, dejando dicha tarea a los legisladores internos de los países miembros y facilitando, implícitamente, la aplicación del reglamento en cuestión.

<sup>13</sup> Algunos de las personas más representativas y que comunmente vislumbramos en el ámbito comunitario como síndicos de las empresas, se encuentran detallados sucintamente en el Anexo C del R1346/00, a guisa de ejemplo, en **ESPAÑA** se reconocen como - Depositario-administrador, - Interventor o Interventores, - Síndicos e incluso como - Comisario; de igual forma en **FRANCIA** cumplirán con la función del síndico el - Représentant des créanciers, - Mandataire liquidateur, - Administrateur judiciaire, - Commissaire à l'exécution de plan; en **ITALIA** lo harán el - Curatore, - Commissario; verbi gratia en **ALEMANIA** los reconoceremos por los calificativos de - Konkursverwalter, - Vergleichsverwalter, - Sachwalter (nach der Vergleichsordnung), - Verwalter, - Insolvenzverwalter, - Sachwalter (nach der Insolvenzordnung), - Treuhänder, - Vorläufiger Insolvenzverwalter; y finalmente en el **REINO UNIDO** lo serán el - Liquidator, - Supervisor of a voluntary arrangement, - Administrator, - Official Receiver, - Trustee, y el - Judicial factor.

sea la de administrar o liquidar la masa o bien la de supervisar la gestión de los negocios del deudor; por tanto y con base en la definición de que trata el artículo 2º, resultaría claro que el reglamento haya de aplicarse a los procedimientos liquidativos y conservativos; pero al observar el considerando No. 10 del reglamento<sup>14</sup>, se aprecia como los requisitos establecidos para el procedimiento de insolvencia se delimitan al nombramiento de un Liquidador, amén del desapoderamiento total o parcial del deudor, haciendo censurable dicha posición, pues si solamente de liquidador se trata, nos circunscribiríamos únicamente dentro de los procedimientos liquidativos, ya que en los conservativos no existe un liquidador.

Sin embargo, el considerando No.10º, se encuentra dentro del preámbulo de la normativa comunitaria, lo que de por si tiene unas repercusiones jurídicas que hacen visible un cuestionamiento ¿Cuál es el valor jurídico de un considerando dentro del reglamento comunitario de insolvencia?

No existe un pronunciamiento de derecho de la Unión Europea al respecto, empero, en los diferentes Ordenamientos Nacionales tanto el preámbulo como la exposición de motivos tienen un valor jurídico, por tanto y de manera analógica, sería pertinente concederle este valor a los considerandos; sin embargo, surge otra cuestión: en que grado ha de concedérsele este valor. Sobre el particular, considero que aunque si bien es cierto que el preámbulo se encuentra investido de una validez jurídica la misma debe, para nuestro caso, observarse en un grado menor al valor del articulado; me explico, un menor valor del articulado sobre el preámbulo mismo, limitaría el objetivo mismo del reglamento, pues su ámbito de aplicación serían los procedimientos liquidativos con exclusión de los conservatorios, por ello y en aras de un tratamiento adecuado de las insolvencias transfronterizas, hemos de entender que cuando se trata del Liquidador en el considerando 10º, se refiere realmente al síndico del cual trata el artículo 1º.1.

Cabe resaltar, dentro del ámbito de aplicación material, quienes pueden quedar sujetos a un procedimiento de insolvencia; al respecto, son aplicables las normas del Reglamento a las personas físicas como a las jurídicas, tanto que se traten de comerciantes como de particulares, por tanto corresponde al Derecho interno determinar quienes pueden quedar sometidos, lo mismo para casos de grupos de sociedades, aunque respecto a este último punto, la quiebra contra cualquiera de las sociedades vinculadas dependerá de que así se encuentre previsto en la ley aplicable (lex concursus) y que conforme al Reglamento exista competencia judicial internacional.

---

#### 14 Considerando No. 10 del Preámbulo del Reglamento.

“Los procedimientos de insolvencia no implican necesariamente la intervención de una autoridad judicial; el concepto de "tribunal" en el presente Reglamento debe entenderse en un sentido amplio y abarcar a la persona u órgano al que la Ley nacional confiera competencias para abrir procedimientos de insolvencia. Para la aplicación del presente Reglamento, los procedimientos (que abarcan actos y formalidades estipulados por ley) también deben estar reconocidos oficialmente y ser legalmente eficaces en el Estado miembro en el que se abra el procedimiento de insolvencia y debería ser un procedimiento colectivo de insolvencia que lleve consigo el desapoderamiento total o parcial del deudor y el nombramiento de un liquidador.” Subrayado y resaltado por fuera de texto.

El *ámbito de aplicación temporal* del Reglamento, está basado en el principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la presente normatividad comunitaria se aplicará a los procedimientos que se inicien después del 31 de mayo de 2002, que es la fecha de entrada en vigor del Reglamento, sin importar que con anterioridad a la fecha, ya se hubiese iniciado un procedimiento de insolvencia y con posterioridad a la época de vigencia del reglamento, sea necesario abrir otro procedimiento bien sea principal o secundario.

Finalmente, en relación con *otros convenios y reglamentos comunitarios*, cabe resaltar que el presente Reglamento sustituirá aquellos Convenios suscritos entre los mismos Estados miembros y siempre que los procedimientos en cuestión se abran después de la entrada en vigor del mismo; no siendo posible sustituir los Convenios suscritos por los Estados miembros y terceros países celebrados antes de la entrada en vigor del Reglamento. Frente a los reglamentos comunitarios, basta advertir que no existen problemas de incompatibilidad entre estos y el Reglamento de insolvencia, por expresa disposición de los mismos.

Pasando a otro punto, los tribunales *competentes* para la apertura de un procedimiento concursal resultan ser los del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el centro de intereses principales del deudor según el artículo 3º.1, ahora bien, este procedimiento es el que se conoce con el calificativo de principal, por tener alcance universal y afectar a todos los bienes del deudor, pero igualmente pueden tramitarse paralelamente procedimientos secundarios o territoriales en los Estados miembros en que el deudor tenga algún establecimiento abierto bien con anterioridad, como lo establece el artículo 3º.2, ora con posterioridad a la declaración del procedimiento principal, como lo hace el artículo 3º.4, resultando que el alcance de dichos procedimientos secundarios se limitan a los bienes situados en el Estado en cuestión<sup>15</sup>.

Así las cosas, resulta claro que los procedimientos secundarios abiertos con posterioridad a la declaración del procedimiento principal sólo podrán tener carácter liquidativo con base en el artículo 3º.3<sup>16</sup> del Reglamento del Consejo Europeo 1346/00 y el artículo 27º<sup>17</sup> del mismo.

---

<sup>15</sup> Con todo, el principio fundamental sugerido por el sistema comunitario es que la resolución de apertura del procedimiento principal tenga eficacia directa en los restantes Estados miembros, a menos que se esté tramitando algún procedimiento secundario.

**16 Reglamento 1346/00, Capítulo I Disposiciones Generales. Artículo 3º Competencia internacional**

“1. Tendrán competencia para abrir el procedimiento de insolvencia los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor. Respecto de las sociedades y personas jurídicas, se presumirá que el centro de los intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social.

2. Cuando el centro de los intereses principales del deudor se encuentre en el territorio de un Estado miembro, los tribunales de otro Estado miembro sólo serán competentes para abrir un procedimiento de insolvencia con respecto a ese deudor si éste posee un establecimiento en el territorio de este último Estado. Los efectos de dichos procedimientos se limitarán a los bienes del deudor situados en el territorio de dicho Estado miembro.

3. Cuando se haya abierto un procedimiento de insolvencia en aplicación del apartado 1 cualquier otro procedimiento de insolvencia que se abra con posterioridad en aplicación del apartado 2 será un procedimiento secundario. Dicho procedimiento deberá ser un procedimiento de liquidación.

Por esta razón, el Anexo B del reglamento establece los procedimientos liquidativos de conformidad con los distintos derechos nacionales de la comunidad y que dan lugar a un procedimiento secundario con posterioridad a la declaración del procedimiento principal de insolvencia; sin embargo, el hecho de no admitir la posibilidad de declarar procedimientos secundarios conservativos una vez abierto un procedimiento principal, no impide que de conformidad con la ley aplicable al procedimiento secundario, pueda terminarse sin liquidación ya sea mediante un plan de recuperación, un convenio o una medida similar<sup>18</sup>.

Con todo, los procedimientos de insolvencia de que trata el reglamento 1346/00, pueden llegar a tener el carácter de los procesos judiciales, administrativos o de cualquier otra índole, quedando de por sí excluidas aquellas soluciones privadas a eventuales crisis privadas, pues las mismas no se encuentran reconocidas y no son legalmente eficaces, así como no lo son los procedimientos relativos a empresas de seguros, entidades de crédito, organismos de inversión que poseen fondos o valores negociables de terceros, como los organismos de inversión colectiva.

Ya hemos mencionado como el reglamento reconoce por una parte el procedimiento principal de insolvencia y por otra la posibilidad de abrir procedimientos territoriales secundarios, que abarquen exclusivamente los bienes situados en el país en que se incoe el procedimiento. Según la normatividad comunitaria, el procedimiento principal de insolvencia se iniciará en el Estado miembro en el que se encuentre el centro de los intereses principales del deudor, presumiéndose de hecho, que el centro respecto de las personas jurídicas es el lugar de su domicilio social, en virtud del artículo 3º.1, o pudiendo corresponder, bajo el considerando No. 13º<sup>19</sup>, con el lugar donde el deudor lleva normalmente la administración de sus intereses.

---

4. Con anterioridad a un procedimiento principal de insolvencia en aplicación del apartado 1, un procedimiento territorial de insolvencia basado en el apartado 2 sólo puede abrirse en uno de los casos siguientes:

a) si no puede obtenerse la apertura de un procedimiento principal de insolvencia a tenor de las condiciones establecidas por la Ley del Estado miembro en cuyo territorio esté situado el centro de intereses principales del deudor;

b) si la apertura del procedimiento territorial de insolvencia ha sido solicitada por un acreedor cuyo domicilio, residencia habitual o sede se encuentre en el Estado miembro en cuyo territorio se encuentra el establecimiento en cuestión, o cuyo crédito tenga su origen en la explotación de dicho establecimiento.”

**17 Reglamento 1346/00, Capítulo III Procedimientos Secundarios de Insolvencia. Artículo 27º Apertura**

“El procedimiento de insolvencia abierto en virtud del apartado 1 del artículo 3 por un tribunal competente de un Estado miembro reconocido en otro Estado miembro (procedimiento principal), permitirá abrir en ese otro Estado miembro en el que un tribunal fuera competente en virtud del apartado 2 del artículo 3 un procedimiento secundario de insolvencia sin que sea examinada en dicho Estado la insolvencia del deudor. Dicho procedimiento deberá ser uno de los procedimientos mencionados en el anexo B. Sus efectos se limitarán a los bienes del deudor situados en el territorio de dicho Estado miembro.”

<sup>18</sup> Verbi gratia, en España con base en los artículos 898 a 907 del Código de Comercio de 1885, podría pensarse en otra vía como resultaría el convenio solutorio de quiebra.

<sup>19</sup> **Considerando No. 13º del Preámbulo del Reglamento.**

De manera paralela al procedimiento principal, tal y como ya quedó esbozado con anterioridad, se pueden desarrollar procedimientos territoriales secundarios en el Estado miembro en que el deudor tenga un establecimiento<sup>20</sup> y sobre los bienes situados en ese Estado, tal y como lo prescribe el artículo 3<sup>o</sup>.2.

Con todo, antes de la apertura del procedimiento principal, puede solicitarse que se abra el procedimiento secundario ya sea por los acreedores locales o del establecimiento local, según se infiere del Artículo 4<sup>o</sup>, Numeral 2. inciso a)<sup>21</sup>, o bien puede declararse de oficio cuando el procedimiento principal no pueda incoarse al tenor de las condiciones establecidas por la ley del Estado miembro en cuyo territorio esté situado el centro de intereses principales del deudor Art. 3<sup>o</sup>.4, inc. a).

En este mismo orden de ideas, puede solicitar el síndico, una vez abierto el procedimiento principal, el procedimiento secundario, tal y como lo establece el Artículo 29<sup>o</sup>, inc. a)<sup>22</sup> o como de igual forma lo hace el mismo considerando No. 19<sup>o</sup> del preámbulo del reglamento 1346/00<sup>23</sup>, al preceptuar que si los bienes del deudor son tan considerables en la gestión, puede perfectamente el síndico solicitar la apertura del procedimiento secundario.

En lo que respecta a la *legitimación*, el Artículo 32<sup>o</sup>.1<sup>24</sup>, en concordancia con el considerando No. 21<sup>o</sup><sup>25</sup>, prescribe que todo acreedor, incluyendo a las autoridades

---

“El centro principal de intereses debería corresponder al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros.”

**20 Reglamento 1346/00, Capítulo I Disposiciones Generales. Artículo 2<sup>o</sup>, inciso h). Definiciones**

“Establecimiento: todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes”.

**21 Reglamento 1346/00, Capítulo I Disposiciones Generales. Artículo 4, Num.2. Inc.a) Legislación aplicable**

“2. La Ley del Estado de apertura determinará las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia. Dicha Ley determinará en particular:

a) los deudores que puedan ser sometidos a un procedimiento de insolvencia en calidad de tales;”

**22 Reglamento 1346/00, Capítulo III Procedimientos Secundarios de Insolvencia. Artículo 29, Inc. a) Derecho a solicitar la incoación**

“Podrán solicitar la apertura de un procedimiento secundario:

a) el síndico del procedimiento principal;”

**23 Considerando No. 19<sup>o</sup> del Preámbulo del Reglamento.**

“Los procedimientos secundarios de insolvencia pueden tener distintos objetivos, además de la protección de intereses locales. Pueden darse casos en que los bienes del deudor sean demasiado complejos para ser administrados unitariamente, o en que las diferencias entre los sistemas jurídicos en cuestión sean tan grandes que puedan surgir dificultades por el hecho de que los efectos emanados de la legislación del Estado de apertura se extiendan a los demás Estados en que estén situados los activos; por este motivo, el síndico del procedimiento principal puede solicitar la apertura de procedimientos secundarios cuando así lo requiera la administración eficaz de los bienes.”

fiscales y organismos de la seguridad social comunitarios, tiene derecho a hacer valer sus pretensiones sobre el patrimonio del deudor en todos los procedimientos principales o secundarios pendientes en la comunidad; pero, cada acreedor que conserve lo adquirido en un procedimiento de insolvencia, solo participará en el reparto de la masa en otro proceso, cuando acreedores de igual rango hayan obtenido el mismo porcentaje de sus pretensiones; esto es lo que se conoce como "*Hotchpot rule*" o "*Paridad de los Dividendos*"<sup>26</sup>, con base en la cual se busca el respeto del principio de la "*Par Condictio Creditorum*" que pretenden evitar que un acreedor obtenga un trato más favorable que otro de igual rango al obtener pagos por un mismo crédito en procedimientos de insolvencia seguidos en distintos países.

Asimismo, el reglamento 1346/00, Artículo 16<sup>o</sup>.1, preceptúa el reconocimiento inmediato de las decisiones de apertura, desarrollo, terminación, así como cualquier otra decisión relativa a los procedimientos de insolvencia. Este reconocimiento inmediato, deriva en que los efectos que el derecho del Estado de apertura del procedimiento produce, se extiendan a los demás Estados, según el Artículo 17<sup>o</sup>.1. De igual forma, se debe limitar al máximo los supuestos de no reconocer las decisiones, circunscribiéndolas en lo posible al orden público, como sería la trasgresión de los principios fundamentales o los derechos y las libertades individuales garantizados por la Constitución.

Ahora bien, el tema de la *competencia* es tratado de manera ejemplar por el Considerando No. 22<sup>o</sup> del Preámbulo del reglamento, al inferir de él que cuando los tribunales de dos Estados miembros se consideren competentes para conocer de un procedimiento principal de insolvencia, la decisión de quien lo inicie en primer lugar debe ser reconocida en los demás Estados miembros. De igual manera es competente el tribunal que declaró el procedimiento principal, en lo tocante con las medidas provisionales y cautelares, amén de encontrarse facultado para disponer de los bienes situados en otro Estado miembro.

---

**24 Reglamento 1346/00, Capítulo III Procedimientos Secundarios de Insolvencia. Artículo 32 Inc. 1 Ejercicio de los derechos de los acreedores**

"1. Todo acreedor podrá presentar su crédito en el procedimiento principal y en todo procedimiento secundario."

**25 Considerando No. 21<sup>o</sup> del Preámbulo del Reglamento.**

"Cualquier acreedor, independientemente de dónde tenga su domicilio, su residencia habitual o su sede dentro de la Comunidad, debería tener el derecho de hacer valer sus pretensiones sobre el patrimonio del deudor en todos los procedimientos de insolvencia pendientes en la Comunidad. Esto debería también ser válido para las autoridades fiscales y para los organismos de seguridad social; no obstante, en interés de la igualdad de trato de los acreedores, debe coordinarse la distribución del activo liquidado. Cada acreedor debería poder conservar lo que haya recibido en el marco de un procedimiento de insolvencia, pero sólo debería estar autorizado a participar en el reparto de la masa en otro procedimiento cuando los acreedores del mismo rango hayan obtenido el mismo porcentaje de sus pretensiones."

<sup>26</sup> De la misma forma que se hace en el reglamento, este principio se encuentra reconocido en los Convenios de Estambul en el artículo 5, en el Convenio de Bruselas de 1995 a través del artículo 20.2, y en la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en el artículo 32.

El reglamento contiene normas de competencia internacional, que determinan la *competencia territorial* dentro de cada Estado miembro por su derecho nacional, tal y como se ha observado en el ya citado Artículo 3º. De esta forma, se establecen normas uniformes de conflicto sobre la *ley aplicable* que sustituirán a las normas de derecho internacional privado nacionales y salvo norma en contrario, será aplicable la ley del Estado de apertura del procedimiento "*lex concursus*" (Artículo 4º.1). Esta norma opera tanto en los procedimientos principales como en los territoriales o secundarios, como lo determina el Artículo 28º.

De otro lado, se contienen algunas excepciones a la regla de que el procedimiento concursal se rija por la legislación del Estado de apertura: así ocurre en relación con los derechos reales, la admisión de la compensación, los sistemas de pago o compensación en mercados financieros y las relaciones laborales<sup>27</sup>.

Finalmente, dos medidas se articulan para facilitar esta eficacia directa del procedimiento principal en los restantes Estados miembros, por una parte, se prevé un sistema de publicidad apropiado de la resolución de apertura, pues ésta se publicará en los Estados miembros en que el deudor tenga algún establecimiento y se inscribirá en los registros públicos que procedan, y por otra, se ordena un sistema de comunicación del procedimiento a todos los acreedores conocidos que tengan su domicilio o residencia habitual en los restantes Estados miembros.

---

<sup>27</sup> **Artículos 5º.1 y 5º.2.** En virtud de los cuales, el fundamento, validez y alcance de los derechos reales *se determinarán con arreglo* al derecho del lugar del establecimiento, no viéndose afectados por la incoación de un procedimiento de insolvencia.

**Artículo 6º.1.** dispone que la apertura del procedimiento de insolvencia no afectará al derecho de un acreedor a reclamar la compensación de su crédito, *cuando la ley aplicable* al crédito del deudor insolvente permita esa compensación.

**Artículo 9º.1.** prescribe que los derechos y obligaciones de los participantes en un sistema de pago o compensación o en un mercado financiero, *se regirán por* la ley del Estado miembro aplicable a dicho sistema o mercado

De este mismo matiz encontramos los Artículos 7º 10º, 14º y 15º que al tenor preceptúan:

**Artículo 7º.** La declaración de un procedimiento de insolvencia respecto del comprador de un bien no afectará a los derechos del vendedor basados en la reserva de propiedad, si dicho bien se encuentra, al declararse el procedimiento, en el territorio de un Estado miembro distinto del de apertura. Si el procedimiento de insolvencia se abre con posterioridad a la entrega de un bien por su deudor, no constituye causa de resolución o rescisión de la venta y podrá el comprador adquirir la propiedad del bien vendido, siempre que el bien se encuentre en un Estado miembro distinto del Estado de apertura.

**Artículo 10º.** Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos de trabajo y las relaciones laborales se regularán por la ley del Estado miembro aplicable al contrato de trabajo.

**Artículo 14º.** Si el deudor, tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, dispone a título oneroso de un bien inmueble, de un buque o aeronave sujeto a inscripción en un Registro Público, o de valores negociables cuya existencia suponga una inscripción en un Registro determinado por ley, la validez de dicho acto se regirá por la ley del Estado en cuyo territorio se encuentre el inmueble o bajo cuya autoridad se encuentre el Registro.

Finalmente, el **Artículo 15º.** Se refiere a los efectos de un procedimiento de insolvencia sobre otros procedimientos en curso respecto de un bien o derecho de la masa, sobre el particular estos se regirán exclusivamente por la ley del Estado miembro en que esté en curso dicho procedimiento.

Para concluir este análisis sobre el contenido del procedimiento de insolvencia en el ámbito comunitario, es necesario recordar que dentro del mismo se circunscribe la posibilidad que los acreedores puedan presentar sus créditos por escrito en el procedimiento principal y en los procedimientos secundarios, donde de manera lógica aquellos conocidos que residan en la Comunidad serán informados individualmente de la apertura del procedimiento por medio de un impreso, a la par que el acreedor se compromete a enviar una relación justificada de su crédito.

## BIBLIOGRAFÍA

- **CANDELARIO MACIAS, Isabel.** Una visión reflexiva de Derecho Concursal. Revista Actualidad Jurídica Aranzadi. No. 224. 7 de diciembre de 1995.
- **ESPLUGES MOTA, Carlos S.**
  - Nuevas Perspectivas en el Proceso de Armonización del Derecho Privado y del Derecho Internacional Privado en Europa. Revista de Derecho Comunitario, Rubinzal, 1999. Pp. 481 y ss.
  - La Interrelación entre el Reglamento No. 1346 de 2000 sobre Procedimientos de Insolvencia y la Futura Directiva en Relación con el Saneamiento y Liquidación de las Entidades de Crédito. Derecho de los Negocios. 2001, Vol. 12, No. 128.
  - La ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, del 30 de mayo de 1997: ¿De la Hambruna al Exceso?. 1999, Pp. 47 y 48
  - La Quiebra Internacional, Barcelona, 1993.
- **SÁNCHEZ FELIPE, J. M.,** La ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. Revista Española de Derecho Internacional, 1998, Vol. 50, No. 2.
- **VIRGOS, Miguel y GARCIMARTÍN, F,** Derecho Procesal Civil Europeo. Convenios Internacionales y otras Normas Procesales de Origen Comunitario Europeo en Materia Civil y Mercantil, anotados. Informes Oficiales de los Convenios. (Informe explicativo de Miguel Virgós y Etienne Schmit) Madrid, 1996. Pp. 421 y ss.