

Análisis de la regulación sobre insolvencia transfronteriza en América Latina: Chile

Analysis of the regulation on cross-border insolvency in Latin America: Chile's case

MARÍA VICTORIA VÁSQUEZ VALENCIA

Abogada. MBA con Énfasis en Negocios Internacionales de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, Argentina. Actualmente se desempeña como docente en el área de Derecho Internacional Privado, investigadora de la Universidad de San Buenaventura, Cali. Es miembro del grupo de Investigación GIPCODEP de la Universidad de San Buenaventura, Cali.
mvoasque@usbcali.edu.co

RUBÉN DARÍO ACEVEDO PRADA

Abogado. Cuenta con una Maestría en Derecho Empresarial. Actualmente se desempeña como docente en el área de Derecho Comercial Internacional, investigador de la Universidad de San Buenaventura, Cali. Es miembro del grupo de Investigación GIPCODEP de la Universidad de San Buenaventura, Cali.
acedoprada@hotmail.com

Para citar este artículo

Vásquez, M & Acevedo, R. (2014). Análisis de la regulación sobre insolvencia transfronteriza en América Latina: Chile. Justicia Juris, 10(2), 9-16.

Recibido: Junio 30 de 2014

Aceptado: Septiembre 25 de 2014

RESUMEN

En este artículo se analiza la regulación de la Insolvencia Transfronteriza de uno de los principales socios comerciales de Colombia en el ámbito latinoamericano: Chile. La legislación chilena sobre insolvencia no ha adoptado la Ley Modelo propuesta por la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), presentan una falta de armonización que dificulta la regulación de la materia. Adicionalmente, su normatividad interna se caracteriza por ser anacrónica y proteccionista, lo que va en contravía de la tendencia internacional actual y no cuentan con instrumentos internacionales que regulen adecuadamente la Insolvencia Transfronteriza. Este artículo de investigación se desarrolla en el marco del Grupo de Investigación Problemas Contemporáneos del Derecho y la Política (GIPCODEP) de la Universidad de San Buenaventura, Seccional Cali y se constituye en resultado del proyecto de investigación denominado "CNUDMI: Un Estudio del Régimen Internacional en Insolvencia Transfronteriza para América Latina".

Palabras Clave: *Insolvencia Transfronteriza, Derecho Internacional Privado, Derecho Comercial Internacional, Armonización, Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza.*

ABSTRACT

This article analyzes Cross-Border Insolvency regulations in one of Colombia's largest trade Partners: Chile. The Chilean Law has not accepted UNCITRAL Model Law, and therefore the lack of legal harmonization, which in turn makes them harder to regulate. In addition, its internal legislation is based on anachronism and protectionism - in clear contrast to international trends. Moreover, they do not abide by any international treaty that regulates Cross-Border Insolvency accurately. This research paper is developed in the framework of the Research Group Contemporary Problems of Law and Politics (GIPCODEP) from the University of San Buenaventura, Cali District and constitutes results of the research project called "UNCITRAL: A Study of International Regime Border Insolvency in Latin America".

Key Words: *Cross-Border Insolvency, International Private Law, International Commerce Law, Harmonization, Cross-Border Insolvency Model Law.*

Introducción

En el primer resultado de investigación generado en el proyecto de investigación mencionado en el resumen, se planteó de manera general una aproximación al concepto de Insolvencia y a las orientaciones legislativas sobre la materia; y de manera específica al concepto de Insolvencia Transfronteriza, haciendo énfasis en la Ley Modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y su incidencia en la legislación colombiana.

Del análisis de la mencionada Ley Modelo, se llegó a la conclusión de que su efectividad es muy limitada, debido a que son muy pocos los países que han adoptado la Ley Modelo como legislación interna. Si bien Colombia lo hizo a través de la Ley 1116 de 2006, la gran mayoría de sus socios comerciales no la han incorporado como ley nacional, por lo que la regulación de la Insolvencia Transfronteriza en este contexto es incierta. (Ángel y Vásquez, 2011)

El objetivo del presente artículo es estudiar la forma como Chile, uno de los principales socios comerciales de Colombia, con quien además tiene un Tratado de Libre Comercio, regulan la Insolvencia Transfronteriza desde su Derecho Internacional Privado, tanto de fuente interna como Internacional; tomando en cuenta que este país no ha adoptado la Ley Modelo propuesta por la CNUDMI o UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional).

De lo anterior se deriva que si se llega a presentar una situación de insolvencia transfronteriza que involucre intereses de Colombia y de Chile, no habrá más remedio que acudir a las legislaciones internas sobre la materia para resolver el asunto, no existiendo ningún tratado internacional que vincule a Colombia con Chile en materia de Insolvencia Transfronteriza.

Teniendo en cuenta el alto tráfico comercial existente entre Colombia y éste socio comercial y la facilidad con que se configura la Insolvencia Transfronteriza, toda vez que “se presenta cuando un deudor incurre en situación de insolvencia y tiene bienes en más de un Estado, o cuando algunos de los acreedores de dicho deudor no son ciudadanos del Estado en el que se inició el procedimiento de insolvencia” (CNUDMI, 1997), es muy probable que se presenten problemas de articulación normativa en dichos casos, ante la ausencia de herramientas jurídicas pertinentes y adecuadas para afrontar el fenómeno de la Insolvencia Transfronteriza.

Metodología

La presente investigación corresponde a una investigación básica, tendiente a generar nuevo conocimiento a partir de herramientas jurídicas. Para efectos de adelantar el presente trabajo, los autores acudieron al estudio de: a) doctrina chilena sobre la regulación de la Insolvencia Transfronteriza en cada uno de estos países; b) sistema legal chileno en materia de insolvencia transfronteriza; y c) estudio de los instrumentos internacionales adoptados por Chile en materia de insolvencia transfronteriza.

En consecuencia, el método de investigación utilizado es el de dogmática jurídica, con análisis de normas (tanto de fuente interna como internacional) y doctrina existentes sobre el tema. Así mismo, se emplea el paradigma hermenéutico, el cual permite analizar el fenómeno de la insolvencia transfronteriza desde la perspectiva jurídica, intentando descubrir las falencias existentes en el estado actual de las cosas, partiendo de allí, contribuir a la búsqueda de soluciones más apropiadas y armónicas en la materia.

La insolvencia en general en el derecho interno chileno

La doctrina chilena es uniforme al sostener que la insolvencia del comerciante es un asunto de alto impacto en la economía del país y como consecuencia elemento relevante para su estudio por el Derecho, donde su desarrollo debe apuntar al estudio y análisis que implica la actividad empresarial y comercial, como fuente de riqueza y trabajo (Aguirrezábal Grünstein, et Als, 2011; Baeza Ovalle, 2011; Goldenberg Serrano, 2010; Guidotti Rauch, 2004; Núñez Ojeda, Y Carrasco Delgado, 2011; Núñez Ojeda, Carrasco Delgado Y Ortiz Rojo, 2012; Pérez Ragone, 2011; Valenzuela Villalobos, 2012).

El sistema de circulación de bienes y servicios, que por medio de diferentes medios de organización empresarial, busca ser más eficiente y seguro cada día, se ve torpeado en su estabilidad ante el fenómeno de la crisis del comerciante, toda vez que uno o más agentes del comercio, en los cuales los acreedores depositaron su confianza para el cumplimiento de las obligaciones en debida forma y tiempo, se encuentran en una situación de cesación de pagos o inminente insolvencia.

El efecto multiplicador de la inversión es un fenómeno que consiste en una unidad de valor destinada a la inversión, donde se espera que se genere una remuneración, que después de solventar los gastos de gestión, produc-

ción, comercialización, distribución, etc., se obtenga un elemento retributivo que sea objeto del ahorro o como sucede en la mayoría de los casos en el comercio se convierte en un incentivo para realizar nuevas inversiones, siempre supeditado a dicho nivel del elemento retributivo y el mercado. Dicha estructura responde pues a una realidad económica con miras a crear un círculo beneficioso del grado de satisfacción de las necesidades personales, generando más riqueza y por ende beneficiando la sociedad.

En cuanto al tema objeto de este artículo, el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el comerciante insolvente y la no protección al crédito, podría llevar a una situación totalmente inversa de la planteada anteriormente. Generando una desconfianza en el comercio, donde el incumplimiento en el pago de un sujeto puede llevar a incumplimientos sucesivos de otros actores comerciales, extendiéndose la insolvencia del deudor como una enfermedad hacia otros agentes, perjudicando el elemento retributivo que los llevó a iniciar sus actividades comerciales, y en consecuencia, perjudicando el ahorro o las futuras inversiones que generan el crecimiento del sector, desestabilizando el panorama económico de la sociedad. Es así como se llega al fenómeno conocido como “efecto multiplicador del incumplimiento comercial” (Baeza Ovalle, 38. 2012).

Ejemplo de lo anterior, se encuentre en situaciones como la actualmente crisis financiera mundial denominada “subprime” oficialmente declarada en el 2008, donde el incumplimiento generalizado de los deudores hipotecarios de los Estados Unidos de América, reforzado por la especulación y la sobrevaloración de los productos financieros de manera poco supervisada o poco regulada por parte de la autoridad monetaria de los Estados Unidos de América, llevó al punto de quiebre de la mencionada burbuja (Ferguson Y Marrs, 2010).

En 1865 se introduce el Código Comercial Chileno, inspirado por el Code de Commerce francés de 1830, denominando en su momento la insolvencia como quiebra, se hablaba sólo de “los intereses de la sociedad, los de los acreedores y los del deudor” (Baeza Ovalle, 40. 2012).

Bajo el Código de Comercio Chileno la apertura del proceso de insolvencia está determinada por el artículo 41 del Libro IV dispone que “El deudor que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, deberá solicitar la declaración de su quiebra antes de que transcurran quince días contados desde la fecha en que haya cesado en el pago de una obligación mercantil”. Cabe agregar que el “cese de pagos” consagrado en la legislación chilena, aduce a una situación habitual y permanente [situación

que no podrá remediar a corto, mediano o largo plazo] por parte del deudor insolvente.

El principio de universalidad o unidad se ve consagrado en el artículo 1 que dispone “El juicio de quiebra tiene por objeto realizar en un *solo* procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer el pago de sus deudas”. Además, y sin lugar a dudas de la consagración del principio de universalidad de los procesos de insolvencia en el Código de Comercio Chileno el artículo 2 manifiesta que

La quiebra produce para el fallido y todos sus acreedores un estado indivisible. Comprenderá, en consecuencia, todos los bienes de aquél y todas sus obligaciones aun cuando no sean de plazo vencido, salvo aquellos bienes y obligaciones que la ley expresamente exceptúe.

En la interpretación realizada por Baeza Ovalle sobre el proceso de insolvencia chileno manifiesta que dicho proceso representa una “comunidad de pérdidas”; Al momento de solicitar la apertura del proceso de insolvencia, por un lado, el acreedor es afectado en su patrimonio cuyo grado dependerá de la calificación del crédito y del monto del activo del deudor insolvente, y aún así, no logra que la decisión judicial otorgue una estabilidad o certeza a su crédito; y por el otro, el deudor insolvente por obvias razones se verá afectado en mayor parte, ve perjudicado su derecho pleno a la propiedad, suspendiendo sus facultades de uso, usufructo y disposición de las cosas afectadas al concurso, derecho garantizado por el artículo 24 de la Constitución Política de Chile.

En cuanto a las implicaciones que presenta el proceso de insolvencia chileno Baeza Ovalle siguiendo a Concha las agrupa en tres grupos:

1. El cumplimiento o ejecución forzada de la obligación.
2. Obtener el cumplimiento de la obligación por equivalencia
3. Ciertos derechos auxiliares destinados a garantizar el cumplimiento de la obligación gravando bienes determinados del deudor (medidas cautelares).

Insolvencia transfronteriza en la legislación chilena

Uno de los fines esenciales del derecho concursal es la protección del crédito, entendido este por la doctrina chilena como “aquel derecho personal de contenido patrimonial, cuya exigibilidad está sujeta a un plazo suspensivo y que

se origina en el otorgamiento de un acto jurídico” (Puga Vial, 1999, citado en Guidotti Rauch, 2004).

La insolvencia transfronteriza cuya principal característica es tener lugar en un mundo jurídicamente fraccionado donde cada Estado tiene su propio derecho concursal. Así pues, éste problema internacional que, como se dijo anteriormente, es reconocido como un problema de competencia judicial internacional¹, por una parte, y de eficacia extraterritorial², por la otra, es estudiando a partir de dos principios generales, inspiradores de los distintos regímenes concursales: La universalidad o unidad, frente a la pluralidad y territorialidad de la quiebra (Guidotti Rauch, P. 13, 2004).

El principio de universalidad o unidad de los procesos de insolvencia transfronteriza tiene una doble implicación. Una aplicación de un derecho único tanto procedimental como sustantivo, denominado *lex fori concursus principalis*, por un lado, las decisiones que se adopten y ejecuten en el proceso de insolvencia deban ser reconocidas en todos los Estados en que el deudor insolvente tenga bienes (Caicedo Castilla, p. 466, 1967; Vico citado por Monroy Cabra, p. 442, 2006; Wilches Durán, p. 8, 2009).

El principio de territorialidad, en cambio, implica la existencia de tantos jueces competentes para la ejecución sobre los bienes del deudor insolvente; por tanto, todo lo que se refiera a los bienes en mención forma parte del estatuto real y se deberá regir por la ley nacional (Monroy Cabra, p. 443, 2006).

Para Guidotti Rauch, el hecho de que existan tantos procedimientos como Estados en donde tenga bienes el deudor, conlleva a una serie de dificultades prácticas.

Si un comerciante posee varios establecimientos en distintos países, la quiebra declarada en uno de ellos no se extiende a los demás. Cada estado conserva su jurisdic-

ción exclusiva, respecto de los bienes del deudor que se encuentran en su territorio. Además los costos de insrucción se multiplican, pues se trata de varios procedimientos en Estados distintos. Por último, se incrementan los riesgos de comportamientos oportunistas, pues nada impide al deudor trasladar su activo de un país a otro [fórum shopping], burlando los procedimientos en su contra (p. 16, 2004).

Respecto al Código de Comercio de Chile no cabe duda, como lo se ha manifestado anteriormente, tratándose de procesos de insolvencia iniciados en territorio chileno, se encuentra vigente el principio de unidad y universalidad del proceso. Ahora bien, en cuanto a los procesos de insolvencia con elementos extranjeros o internacionales encontramos el artículo 139 que dispone

Vencidos los términos de emplazamiento que corresponda a los acreedores residentes en el extranjero, el juzgado, de oficio o a petición del síndico, del fallido o de alguno de los acreedores, declarará cerrado, respecto de aquéllos, el procedimiento de verificación...

Y el artículo 151 que dispone

Toda vez que se reúna la cantidad suficiente para hacer a los acreedores comunes un abono no inferior al cinco por ciento, reservando lo necesario para los gastos de la quiebra, para responder a los créditos impugnados y a los de los acreedores residentes en el extranjero que no hayan alcanzado a comparecer, el síndico hará ese reparto, conforme a la nómina formada con arreglo al artículo 143°.

Como se denotó, el Libro IV del Código de Comercio Chileno, sólo menciona el elemento extranjero sobre los dichos artículos. Se puede manifestar que los demás derechos y garantías ofrecidos por el proceso de insolvencia chileno no excluyen de su aplicación a los extranjeros. Afirmación anterior que puede reforzarse por el contenido del artículo 14 del Código Civil Chileno que dispone: “La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros”, y por el contenido del artículo 57 del Código Civil Chileno que dispone: “La ley civil no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este código”. Es necesario aclarar que el artículo 14 del Código Civil Chileno manifiesta una aplicación territorial de la ley chilena, donde se requiere como punto de conexión que el extranjero resida o habite en Chile (Goldschmidt, p. 263: 2009). En cuanto al artículo 57 se puede interpretar en pro del proceso de insolvencia con elementos extranjero o internacionales, que nos en-

¹ Para competencia judicial internacional s puede seguir lo planteado por Calvo Caravaca y Carrascosa González, quienes manifiestan que “La competencia judicial internacional es la aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado, considerados en su conjunto, para conocer de las controversias suscitadas por las situaciones privadas internacionales, ya pertenezcan a la jurisdicción contenciosa o voluntaria. En otras palabras, se trata de determinar en qué casos, y con arreglo a qué criterios y principios, los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas pueden conocer de los litigios suscitados por las situaciones privadas internacionales” (p. 69, 2010).

² La eficacia extraterritorial está íntimamente relacionado con la aplicación de leyes extranjeras en sus modalidades directa e indirecta. Será aplicación de la ley extranjera directa en los conflictos de competencia y su aplicación por parte del juez nacional e indirecta el reconocerse validez a una providencia extranjera mediante su proceso de homologación. (Monroy Cabra, p. 314, 2006).

contramos frente a una igualdad jurídica entre los nacionales chilenos y los extranjeros en cuanto a los derechos, obligaciones y garantías ofrecidas por el proceso de insolvencia, sin necesidad del punto de conexión territorial de la residencia del extranjero en territorio chileno.

Salvo la situación anterior, la regulación sobre insolvencia chilena nada dice respecto de los demás aspectos internacionales de la quiebra. Por eso es necesario recurrir entonces al Código Bustamante, que es actualmente el único texto vigente en Chile que se refiere al tema en cuestión. En efecto éste Código, en el título IX del libro IV, trata “De la Quiebra o Concurso”. Distingue al respecto tres capítulos: el primero se refiere a “la unidad de la quiebra o concurso”; el segundo habla de la “universalidad de la quiebra o concurso, y sus efectos” y el tercero “del convenio y la rehabilitación”.

De acuerdo al artículo 414 del Código de Derecho Internacional Chileno [Código de Bustamante] al manifestar que

Si el deudor concordatario concursado o quebrado no tiene más que un domicilio civil o mercantil, no puede haber más que un juicio de procedimientos preventivos de concurso o quiebra, o una suspensión de pagos o quita y espera, para todos sus bienes y obligaciones en los Estados contratantes...

el código se pronuncia igual que el Código de Derecho Comercial Chileno en cuanto a la universalidad.

Por otro lado el artículo 415 dispone que

Si una misma persona o sociedad tuviere en más de un Estado contratante varios establecimientos mercantiles enteramente separados económicamente, puede haber tantos juicios de procedimientos preventivos y de quiebra como establecimientos mercantiles.

Situación que a primera vista supone una aplicación del principio de territorialidad o pluralidad de procesos de insolvencia yendo en contravía del artículo precedente. En una interpretación que podemos hacer a favor del principio de universalidad de los procesos de insolvencia transfronteriza, podemos manifestar que se estaría aceptando dicha situación ante situaciones excepcionales caracterizadas por un fenómeno que el Código de Bustamante califica de establecimientos mercantiles enteramente separados económicamente, situación difícil de encontrar en un contexto globalizado de las empresas multinacionales.

El análisis aquí que vale la pena resaltar, es la reserva que realizó Chile en cuanto al mencionado código manifestando lo siguiente:

NOTA 2 Chile: Con la reserva hecha al suscribir la convención que se incluye en el texto de ésta...de que ante el Derecho Chileno y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile, prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros.

En virtud de la reserva con que el Código Bustamante rige en Chile, que hace prevalecer la legislación chilena actual o futura por sobre las disposiciones del mismo, esta norma no tendría aplicación en Chile, pues, contradice abiertamente la legislación chilena. La contradicción, según señala Guidotti Rauch siguiendo a Langlois, recae en un elemento esencial de la declaratoria de quiebra, esto es, la determinación del sujeto pasivo de la misma (p. 20, 2004).

El proceso de insolvencia transfronteriza tiene una doble implicación por un lado, la viabilidad de la apertura de un proceso de insolvencia con elementos extranjeros o internacionales y por el otro, un reconocimiento por parte del Estado de los procesos de insolvencia declarados en el extranjero.

Respecto al primero, para que un proceso de insolvencia pueda ser declarado en Chile deben concurrir todas las condiciones exigidas por el derecho interno. Específicamente, el deudor insolvente deberá tener domicilio o bienes en Chile.

Ahora bien, en cuanto al segundo [proceso de insolvencia declarado en el extranjero] el Código de Bustamante manifiesta desde la perspectiva del principio de universalidad lo siguiente: Artículo 416

La declaratoria de incapacidad del quebrado o concursado tiene en los Estados contratantes efectos extraterritoriales mediante el cumplimiento previo de las formalidades de registro o publicación que exija la legislación de cada uno de ellos

El artículo 418

Las facultades y funciones de los Síndicos nombrados en uno de los Estados contratantes con arreglo a las disposiciones de este Código, tendrán efecto extraterritorial en los demás, sin necesidad de trámite alguno local

Contrario a lo anterior el Art. 417 manifiesta que

El auto de declaratoria de quiebra o concurso dictado en uno de los Estados contratantes, se ejecutará en los otros en los casos y forma establecidos en este Código para las resoluciones judiciales; pero producirá, desde que quede firme y para las personas respecto de las cuales lo estuviere, los efectos de cosa juzgada.

Entonces, se exige que la sentencia que declara la quiebra o la apertura del proceso de insolvencia cumpla las condiciones generales exigidas para la ejecución de sentencias extranjeras. Esto es, se requiere de exequátur, otorgado en conformidad a las normas del Código de Procedimiento Civil.

El requisito del exequátur para providencias extranjeras, en el marco del proceso de insolvencia, otorga una inseguridad del crédito. Lo anterior, al agregar un trámite o procedimiento adicional, se puede generar un mayor tiempo o espacio donde los acreedores en búsqueda de la aplicación de medidas preventivas para la protección del valor de los bienes del deudor insolvente, se vea seriamente perjudicado.

Uno de los mayores obstáculos que se encuentra en la poca regulación de la insolvencia transfronteriza en el sistema jurídico chileno, es lo contenido en el artículo 16 inciso primero del Código Civil, de acuerdo al cual, “los bienes situados en Chile estarán sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile”. De manera que, ante la pregunta de ¿si es posible que se cumpla una sentencia extranjera sobre bienes situados en Chile?, se ha dicho que, la respuesta debe ser negativa, pues los bienes situados en Chile quedan sometidos exclusivamente a la ley chilena y, por tanto, a la jurisdicción nacional, sin posibilidad de exequátur (Guidotti Rauch, P. 22, 2004).

Además de lo anterior el artículo 420 del Código de Bustamante al manifestar

Las acciones reales y los derechos de la misma índole continuarán sujetos no obstante la declaración de quiebra o concurso, a la ley de la situación de las cosas a que se afecten y a la competencia de los jueces del lugar en que éstas se encuentren,

es una clara expresión del principio de Derecho Internacional Privado y ampliamente adoptado *Lex Rei Sitae*, que aduce claramente a que los bienes se regularán por la ley del lugar donde se encuentren ubicados (Aguilar Benítez De Lugo, Campuzano Díaz, Cano Bazaga, Grieder Ma-

chado, Pérez Beviá, Rodríguez Benot, Rodríguez Vásquez & Tomás Ortiz De La Torre, p. 312, 1996). Si bien es cierto que existen tantos argumentos a favor³ de la existencia del principio *Lex Rei Sitae* como autores, en el iter de insolvencia transfronteriza, limita al juez del *forum concursus principalis*, a los bienes exclusivamente ubicados en su territorio, desvirtuando el principio de universalidad o unidad tan buscado en los procesos de insolvencia transfronteriza.

A modo de aportar a la discusión planteada anteriormente, se considera que si bien el principio *Lex Rei Sitae* es un elemento importante en la protección de los bienes ubicados en el territorio, es un impedimento que casi deja sin efectividad el principio *Lex forum concursus principalis*, por cuanto la decisión del juez de la insolvencia ve muy limitada sus funciones otorgadas por su legislación nacional a la hora de cumplir con los fines esenciales del proceso de insolvencia.

Es por esto que se podría plantear una atenuación del principio *Lex forum concursus principalis* aduciendo que el juez competente considere a la hora de determinar sobre derechos reales que recaen sobre bienes situados fuera del foro, la ley del lugar donde estos se encuentren ubicados y por otra parte el reconocimiento de esas providencias extranjeras que en el marco de un proceso de insolvencia transfronteriza, ha dispuesto sobre ellos basándose exclusivamente en el principio *Lex Rei Sitae*.

Después de analizar el sistema jurídico chileno sobre insolvencia transfronteriza, se tiene que resaltar que Chile no ha adoptado la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza, y se encuentra muy lejos de no necesitarla. La regulación de la insolvencia transfronteriza en Chile pone en tela de juicio una real efectividad del principio *par conditio creditorum* de los procesos de insolvencia de un deudor con un patrimonio internacionalmente disperso. Consideramos que la regulación que hace el Código de Comercio Chileno sobre la insolvencia presenta serios problemas prácticos para los que se ven inmersos en un proceso de insolvencia transfronteriza con acreedores, deudores o bienes en territorio chileno.

³ Por ejemplo Benítez de Lugo et als, manifiestan que “La aplicación de la ley del país de situación del bien es una solución que responde adecuadamente al interés político, económico y social del Estado en controlar los bienes situados en su territorio, permitiendo proteger de manera eficaz no sólo los derechos de los titulares sino de terceros, a través de su sistema de publicidad. Esta protección puede verse reforzada en el ámbito jurisdiccional, al ser los tribunales del país de situación del bien los que normalmente se encuentran investido de competencia judicial internacional para resolver los litigios sobre los mismos”. (p. 312, 1996)

Guidotti Rauch argumenta que un primer paso para la evolución de la legislación chilena sobre la insolvencia transfronteriza, es adoptar una cultura por parte de Chile de suscribir tratados internacionales sobre procedimientos de insolvencia transfronteriza y con espacial relación aquellos Estados con los que ha suscrito acuerdos comerciales (p. 39, 2004).

Entre los tratados internacionales suscritos por Chile y que representa una gran importancia⁴ para los investigadores, se encuentra el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Colombia, que tiene como objetivos principales el establecimiento de un espacio económico ampliado entre los dos países, que permita la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos; la liberación total de gravámenes y eliminación de las restricciones de las importaciones originarias de los mismos, que entró en vigencia en el año 2009, que a su vez es un complemento del Acuerdo de Complementación Económica de 1993, no regula la insolvencia transfronteriza entre ambos países ni establece mecanismos de cooperación judicial para el asunto.

Se puede decir que en el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Colombia solo en algunos apartados hacen referencia al estado de insolvencia. Por un lado tenemos el artículo 9.9 denominado "Transferencias" donde en su numeral 4 manifiesta que "Sin perjuicio de los párrafos 1 a 3, una Parte podrá impedir la realización de una transferencia, por medio de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes relativas a:

quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores;..."

Por otro lado el artículo 13.8 sobre las condiciones para participar en licitaciones públicas, en su numeral 6 dispone que "Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá que una entidad excluya a un proveedor de una contratación pública por motivos tales como la quiebra, liquidación o insolvencia, declaraciones falsas dentro de un proceso de contratación pública o deficiencias significativas en el cumplimiento de una obligación sujeta a un contrato anterior".

Como se puede ver, del acuerdo de libre comercio entre Colombia y Chile se perdió una importante oportunidad por parte de la legislación chilena de establecer un mecanismo de reconocimiento o cooperación judicial que

permitiera de una manera armónica regular un posible proceso de insolvencia transfronteriza con bienes, acreedores y deudores ubicados entre estos dos países.

Conclusiones

Como conclusión de la reflexión realizada en este artículo, se puede en primer lugar firmar que el proceso de insolvencia chileno consagra el principio de universalidad o unidad del proceso, limitado a la apertura del mismo en el territorio nacional y conforme a la legislación nacional chilena. Asimismo se tiene que la legislación chilena sobre insolvencia es muy limitada en los asuntos que toca en cuantos a relaciones patrimoniales internacionales, pero en virtud de la igualdad jurídica entre nacionales chilenos y extranjeros consagrada en el Código Civil, se puede manifestar que la legislación chilena sobre insolvencia no excluye de su aplicación a los extranjeros en cuanto a los derechos y garantías que otorga.

Igualmente se ha podido constatar que la legislación chilena no ha adoptado la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. La legislación chilena sobre insolvencia se encuentra en dos cuerpos normativos, por un lado lo contenido en el Libro IV del Código de Comercio chileno y por el otro, y más específicamente en asuntos de insolvencia transfronteriza, el Código de Derecho Internacional Privado conocido como Código de Bustamante. Lamentablemente Chile realizó una reserva sobre el Código de Bustamante que dejó sin aplicación en muchos casos la legislación sobre insolvencia en perjuicio de la insolvencia transfronteriza y en su apego al principio de territorialidad.

La existencia del principio *Lex Rei Sitae*, se convierte en un obstáculo en la búsqueda de un régimen de insolvencia transfronterizo basado en un principio de universalidad o unidad, donde se garantice y se dé más seguridad y cumplimiento del principio *par conditio creditorum* en los procesos contra deudores insolventes con un patrimonio internacionalmente disperso. Una atenuación del principio *Lex Forum Concursus Principalis*, donde el juez del concurso principal pueda revisar derechos reales conforme al principio *Lex Rei Sitae*, y a su vez un reconocimiento a providencias extranjeras que así lo hayan manejado, puede abrir la puerta a una aceptación de un régimen de insolvencia transfronteriza caracterizado por la universalidad.

Colombia y Chile perdieron una oportunidad de regular los procesos de insolvencia transfronteriza entre sus nacionales, puesto que no introducen cosa relevante sobre el tema en el Tratado de Libre Comercio entre estas dos naciones.

⁴ Para el Proyecto CNUDMI: Un estudio de régimen internacional en insolvencia transfronteriza para América Latina, entre sus objetivos es analizar el estado de armonización de los principales socios económicos de Colombia, en la reglamentación sobre insolvencia transfronteriza, del cual el presente artículo es un avance.



Referencias

- Aguilar Benítez De Lugo, M., Campuzano Díaz, B., Cano Bazaga, E., Grieder Machado, H., Pérez Beviá, J. A., Rodríguez Benot, A., Rodríguez Vásquez, M. A. & Tomás Ortiz De La Torre, J. A. (1996). *Lecciones de Derecho Civil Internacional*. Madrid: Ed. Tecnos.
- Aguirrezábal Grünstein, M., Perez Ragone, A. & Vargas Pavez, M. (2011). Informe del XIV congreso mundial de la asociación internacional de derecho procesal: El justo proceso en examen (Procedural Justice). Chile: *Revista Ius et Praxis*, Vol. 17, núm. 2, pp. 349-369.
- Baeza Ovalle, J. G. (2011). Naturaleza Jurídica del Proceso Concursal. Chile: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 38, núm. 1, pp. 33-56.
- Caicedo Castilla, J. J. (1967). *Derecho Internacional Privado*, Bogotá: Ed. Temis.
- Calvo Caravaca, .A. L. & Carrascosa González, J. (2010). *Derecho Internacional Privado*. V. 1., Granada: Ed. Comares.
- Goldenberg Serrano, J. L. (2010). Consideraciones críticas respecto al denominado principio de la par condicio creditorum. Chile: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 37, núm. 1, pp. 73-98.
- Goldschmidt, W. (2009). *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Ed. AbeledoPerrot.
- Guidotti Rauch, B. A. (2004), *Quiebra Transfronteriza en Chile: El camino hacia un nuevo régimen*. Tesis. Valdivia: Universidad Austral del Chile.
- Monroy Cabra, M. G. (2006). *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Bogotá: Ed. Temis.
- Núñez Ojeda, R. & Carrasco Delgado, N. (2011). La quiebra sin bienes. Una aproximación desde el análisis económico del derecho. Chile: *Revista Ius et Praxis*, Vol. 17, núm. 1, pp. 139-175.
- Núñez Ojeda, R., Carrasco Delgado, N. & Ortiz Rojo, F. (2012). Visión crítica desde el análisis económico del derecho al sistema de verificación de créditos y realización de activos de la ley de quiebras chilena. Chile: *Revista Ius et Praxis*, vol. 18, núm. 1, pp. 267-314.
- Pérez Ragone, A. (2011). Prelación, isonomía, y agrupamiento de créditos en la ejecución civil. Valparaíso – Chile: *Revista de Derecho (Valparaíso)* Vol. XXXVII, núm. 2, pp. 437-479.
- Valenzuela Villalobos, W. (2012). Reseña de “Derecho concursal procesal chileno” de Nuñez Ojeda, R., Carrasco Delgado, N., Chile: *Revista Ius et Praxis*, Vol. 18. Núm. 1, pp. 485-488.

Referencias normativas

- Código Civil Chileno, disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986> Consultada Enero 10 de 2014.
- Código de Comercio Chileno, disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1974&r=1> , Consultada Enero 10 de 2014.
- Código de Derecho Internacional Privado de Chile, disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=12820> , Consultada Enero 10 de 2014.
- Tratado de Libre Comercio Colombia – Chile, en <http://www.mincit.gov.co/tlc/publicaciones.php?id=11952> Consultada Enero 10 de 2014.