

# **Curso de Liderazgo y Conferencia de Nápoles 2015**

**Instituto Internacional de la Insolvencia**

Rosa María Rojas Vértiz C.

## ÍNDICE

<b>Introducción</b> .....	1
<b>I. Relación de la materia de insolvencia con el arbitraje internacional</b> .....	2
<b>II. Proyecto de la UNCITRAL de una Ley Modelo para el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en materia de Insolvencia</b> .....	11
<b>III. Tratamiento y Pago de Sumas Aseguradas en Procedimientos de Insolvencia</b> .....	13
<b>IV. Desarrollo reciente en la Reestructuración de Deuda Soberana (Deuda a cargo de Estados)</b> .....	16
<b>V. Responsabilidad Civil de Directores de las Empresas Insolventes</b> .....	21
<b>Conclusiones</b> .....	27

**Curso de Liderazgo y Conferencia de Nápoles 2015**  
**Instituto Internacional de la Insolvencia**

**Introducción.**

La Conferencia que celebra anualmente el Instituto Internacional de la Insolvencia, así como, el curso que imparte, tienen el propósito de actualizar a los asistentes, tanto en los acontecimientos más recientes que tienen lugar a nivel internacional sobre la materia de insolvencia, como en el desarrollo de algunos de los temas más relevantes, tanto por parte de tribunales especializados de diversos países, como de los organismos internacionales encargados de la propuesta de leyes modelo, tales como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o por sus siglas en inglés UNCITRAL).

En la Conferencia que tuvo lugar en Nápoles, Italia, del 14 al 16 de junio de 2015, se trataron múltiples temas, algunos globales, otros regionales. Se hizo énfasis en la necesidad de simplificar los procedimientos, y evitar duplicar las funciones que tienen los especialistas que participan activamente en los procesos de insolvencia –como es el caso de los conciliadores y síndicos- y los jueces, dado que los primeros son auxiliares de los segundos, de manera que los segundos idealmente solo deberían intervenir cuando no hay un acuerdo entre las partes.

A continuación se hará una breve referencia de los temas que se consideraron más relevantes durante el curso y la Conferencia a que se hizo referencia, los cuales se enuncian en el orden en que serán tratados: **I.** Relación de la materia de insolvencia con el arbitraje internacional; **II.**

Proyecto de la UNCITRAL de una Ley Modelo para el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en materia de Insolvencia; **III.** Tratamiento y Pago de Sumas Aseguradas en Procedimientos de Insolvencia; **IV.** Desarrollo reciente en la Reestructuración de Deuda Soberana (Deuda a cargo de Estados); y **V.** Responsabilidad Civil de Directores de las Empresas Insolventes.

### **I. Relación de la materia de insolvencia con el arbitraje internacional.**

En primer lugar es preciso referir que la materia de “insolvencia” se aborda a partir de los procedimientos de quiebras o concursos (llamados para efectos de la presente exposición procedimiento de insolvencia)<sup>1</sup>.

En este apartado se abordan una serie de problemas que surgen de la coexistencia de procedimientos de arbitraje, como medios alternativos de solución de controversias, con los procedimientos de insolvencia, por ejemplo, cuando una persona es parte de un arbitraje y al mismo tiempo se encuentra sujeta a un procedimiento de insolvencia.

Para identificar dichos problemas, conviene distinguir aquellos casos en los que el procedimiento de insolvencia (quiebra o concurso) se encuentra pendiente de resolución cuando inicia el arbitraje. En tal hipótesis algunos de los conflictos que pueden surgir son los siguientes:

---

<sup>1</sup> Es muy importante recordar que los concursos mercantiles surgen a partir de la insolvencia de una sociedad mercantil, y se llevan con el afán de que se cubra la mayor parte posible de los créditos a todos los acreedores de dicha persona moral. Por lo tanto, son procedimientos regulados por las legislaciones domésticas- en contraposición al derecho internacional- y son de orden público, pues el Estado tiene un interés preponderante en proteger los intereses de todos los interesados, pues ello es relevante para el fomento al comercio y a la economía.\*

1. ¿El laudo arbitral que en dado caso se emita, resulta válido, nulo o anulable por el tribunal que esté llevando el caso de insolvencia?

2. ¿El interventor o administrador de la empresa en concurso mercantil (en el caso de México sería el conciliador) puede optar por no cumplir el acuerdo de arbitraje o prohibir que se lleve a cabo, si considera que puede ser perjudicial para el patrimonio en liquidación?

3. ¿La falta de pago, moratoria o la decisión de permanecer en el proceso de quiebra o concurso impide iniciar un arbitraje?

4. ¿Quién toma las decisiones en el arbitraje: la persona insolvente o el interventor o conciliador?

5. ¿Qué ocurre si la parte insolvente no tiene fondos para cubrir los costos del arbitraje o si el tribunal que lleva el concurso o la quiebra no autoriza el pago de tales costos?

6. El inicio de la quiebra o concurso ¿hace que una disputa relacionada se vuelva en un litigio “no arbitrable”?

7. ¿Cuál es la manera de proteger los intereses de terceros acreedores en el concurso en el procedimiento de arbitraje?

Por otro lado, si el arbitraje está en proceso, pendiente de resolución o ya resuelto -pero pendiente de ser ejecutado el laudo- cuando inicia el procedimiento de quiebra o concurso de una de las partes, pueden surgir entre otras, las siguientes cuestiones:

1. ¿El árbitro o panel arbitral puede ignorar el procedimiento de insolvencia y continuar el arbitraje? Y en caso de que el arbitraje continúe, ¿se debe modificar el lugar o las leyes bajo las cuales se ha de seguir el arbitraje?

2. ¿El interventor o conciliador de la empresa en concurso puede ignorar que se encuentra en curso un procedimiento de arbitraje?

3. ¿El panel arbitral debe continuar con su jurisdicción o suspender el arbitraje, en caso concurso o quiebra?

4. ¿Se pueden recuperar los fondos pagados por la tramitación del arbitraje?

5. ¿Se puede ejecutar el laudo en el Estado donde se lleva el procedimiento de quiebra o concurso? ¿En otro?

Las anteriores preguntas, que no tienen una respuesta uniforme, ni mucho menos clara o evidente, y la exposición en general, pretenden mostrar la necesidad de una regulación o modelo de regulación a nivel internacional de los arbitrajes en materia de insolvencia internacional, por lo que se sugiere a la UNCITRAL el estudio de una ley modelo o de un convenio internacional en esa materia.

En tanto los procedimientos de insolvencia cada día se vuelven más comunes, más extendidos a lo largo del mundo, más significativos y más cuantiosos, aunado a que cuando no son manejados con la debida atención se vuelven más perjudiciales para la actividad comercial e incluso para las

economías nacionales y regionales. Es también una gran oportunidad para proporcionar e impulsar una regulación que procure soluciones más adecuadas a fin de evitar crisis financieras.

Ahora la Convención de Nueva York de 1958 en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras tiene un alto grado de aceptación entre los Estados y es de probada efectividad, así como la ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, sin embargo es de resaltar la falta de una conexión de esas normas con los sistemas para el manejo de los asuntos de insolvencia internacional, que vienen de la mano de los problemas financieros de las empresas transnacionales, que requieren de soluciones prontas y efectivas para evitar daños mayores a los mercados y a las economías de los Estados Involucrados que puedan conducir a otra crisis económica.

Es preciso entender la evolución que ha tenido el comercio global así como los entes que intervienen en él, pues hace 15 o 20 años era inconcebible que se hubiera imaginado que un problema de insolvencia de una empresa se volviera un verdadero problema internacional. Hoy en día por el contrario, es inusual encontrar casos de insolvencia o reestructura corporativa de empresas transnacionales que no traigan aparejadas situaciones muy graves e incluso críticas en los asuntos y estabilidad internacionales.

Durante los siglos XIX y XX, las crisis de reestructura o insolvencia se encontraban focalizados en cada país en donde una empresa tuviera el asiento principal de sus negocios, consecuentemente las dificultades financieras eran tratadas con las reglas domésticas y dentro de su territorio, bajo supervisión de las autoridades domésticas de cada Estado.

Sin embargo bajo el modelo clásico del sistema territorial de manejo de la insolvencia de las empresas, cuando una crisis financiera atañe a la sociedad matriz de un grupo corporativo multinacional necesariamente afecta a sus subsidiarias, las cuales siendo personas morales independientes tendrán a su vez que entrar en concurso, por lo que se tendría que iniciar un procedimiento distinto en cada Estado en donde existiera una subsidiaria de la empresa matriz, procedimientos que pueden implicar cientos de reestructuras (una por cada subsidiaria), procedimientos y reestructuras que no tendrán conexión entre sí. Es decir se tendrían que llevar a cabo procedimientos aislados e independientes entre sí, lo que a final de cuentas provocaría una dispersión de sus bienes en cada Estado, desvinculados de los demás bienes del grupo corporativo. Fenómeno que reduce el valor del negocio global.

A raíz de la expansión de las empresas y del fenómeno de la globalización, ante la ausencia de una regulación internacional que se ocupe del fenómeno transnacional de la insolvencia de los entes económicos multinacionales, las reglas del arbitraje internacional se aprecian como la única solución para los conflictos en los negocios internacionales con dificultades financieras, para evitar la depreciación del valor económico de las empresas que produce llevar a cabo los procedimientos domésticos independientes de insolvencia.

Sin embargo, subsiste el problema de que esas reglas de arbitraje internacional no son suficientes para solucionar los casos transnacionales de insolvencia, pues muchos de los temas involucrados son de orden público, y por ende no arbitrables, además del riesgo de que aquellos temas que si lo

son no puedan llegar a ser ejecutados por ser contrarios al orden publico de cada Estado.

Los procedimientos de insolvencia, es decir de quiebra o concurso, son supervisados por los órganos judiciales de cada Estado, pues la naturaleza colectiva de los problemas que se generan con la insolvencia requiere que el Estado brinde protección especial a todas las partes afectadas por dicha circunstancia, que son todos los acreedores, deudores y demás interesados en el patrimonio de la negociación.

Con el objetivo de preservar el valor de los bienes de la empresa sujeta a un proceso de insolvencia (lo cual es benéfico para todos: para los intereses de los acreedores, para la sociedad en estado de insolvencia, y para las economías de las regiones donde opera la empresa), es conveniente mantener su estructura multinacional. Para ello es necesario que exista comunicación y cooperación entre los interventores o conciliadores de las sociedades en insolvencia, y los jueces de cada Estado. Sin embargo, a pesar de la ley modelo de la UNCITRAL, la mayoría de los Estados no autoriza la comunicación de tribunal a tribunal.

Por otra parte, lo que si se lleva a cabo en los procedimientos de insolvencia internacionales, es la negociación de protocolos dentro de un grupo corporativo, que facilitan la comunicación y coordinación de las administraciones de las diferentes sociedades vinculadas, por pertenecer a un mismo grupo corporativo, protocolos que han evitado disputas que de otra manera surgirían entre dichos administradores. Sin embargo, es poco común que en dichos protocolos se pacten cláusulas arbitrales para la solución de conflictos, lo cual a final de cuentas implica que los litigios se

desahogan ante tribunales Estatales, con los problemas que hasta ahora se han mencionado.<sup>2</sup>

La crisis económica de 2008 ha enfrentado a todos los jueces especializados en materia de insolvencia a casos extremadamente complejos frecuentemente relacionados con bienes dispersos en una pluralidad de Estados. Lo anterior a pesar de las existentes leyes en materia insolvencia, incluida la ley Modelo de UNCITRAL, pues éstas no disponen un solo foro para el desahogo de dichos asuntos, por lo que se gestaron una seria de disputas entre los jueces llevando el concurso de distintas empresas, generando una gran gama de conflictos de competencia y de dispersión de bienes.

Así, ante los problemas señalados, los Medios Alternativos de Solución de Controversias han sido la forma a través de la cual se han solucionado gran parte de las controversias surgidas a raíz de la insolvencia de los entes trasnacionales.

En ese sentido, el arbitraje pareciera ser la única esperanza para los acreedores de una empresa en concurso, para recibir el pago de sus créditos en un espacio de tiempo razonable, así como para evitar la devaluación del patrimonio del deudor, y el costoso embotellamiento que causaría un litigio interestatal a nivel global, lo que implica varios procedimientos en diversos países, que pueden resultar contradictorios, e incompatibles, sin que haya medios adecuados para resolverlos mediante la legislación ordinaria. Sin embargo, actualmente no está disponible en casos

---

<sup>2</sup> Cfr. Caso del procedimiento de insolvencia de Nortel. Tras el fracaso de los arbitrajes en el caso del Concurso de Nortel, se desahogaron ciertas audiencias conjuntas de los Tribunales de Estados Unidos y Canadá, en las que se resolvió que las reclamaciones interestatales deberían ser resueltas separadamente y con arreglo a las normas aplicables que regulen el procedimiento de insolvencia de la compañía contra la que se formulan las reclamaciones.

de insolvencia, de ahí el porqué de la propuesta para implementar su regulación.

Según se indicó, la razón por la que no es común utilizar el arbitraje como medio de solución de disputas en casos de insolvencia internacional, es la incertidumbre que rodea a la eficacia o ejecutividad de los laudos arbitrales.

No obstante, en el panel se argumentó que si los casos de responsabilidad y de daños son arbitrables, cuando un contrato previo al concurso por insolvencia así lo dispone, entonces si una disputa es arbitrable fuera de la insolvencia, también debería ser arbitrable dentro de ella, sujeto a las afectaciones al orden público.

Hay que resaltar que en el convenio de Nueva York, sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales, se establecieron dos categorías de asuntos no arbitrables. La primera de dichas categorías incluye todos aquellos asuntos sobre los que no cabe pacto entre las partes en conflicto, por requerir necesariamente una resolución judicial, dichos temas normalmente no surgen de contratos, sino que derivan de disposiciones legales.

Se señala como ejemplo que la Ley de Insolvencia de los Estados Unidos de América (Insolvency Act), dispone que no está permitido someter a arbitraje los temas de responsabilidad extracontractual, el inicio del procedimiento de insolvencia, el alcance del incumplimiento, la prioridad de acreedores, la protección a los derechos de privacidad de los consumidores, la aprobación de un plan de reestructura, etc.

Sin embargo hay otros asuntos, que en virtud de permitir un acuerdo privado entre las partes interesadas, también admiten el arbitraje, por ejemplo, la responsabilidad contractual.

El segundo problema, es que los laudos no son ejecutables si su reconocimiento o ejecución en un Estado en particular es contrario a sus disposiciones de orden público, disposiciones que normalmente incluyen una gran variedad de materias.

Los arbitrajes normalmente implican los intereses solo de dos partes litigantes, sin embargo los procedimientos de quiebra o concurso implican derechos de terceros que pueden estar, o no, directamente involucrados en la disputa en cuestión. Pues todos los acreedores tienen interés en demandar una porción de fondos limitados (patrimonio de la sociedad en concurso), que normalmente es insuficiente para cubrir las demandas en su totalidad. Por eso no puede aceptarse que por la voluntad de las partes se dilapide o modifique dicho patrimonio, y es por ello que un laudo en el que se autorice una actividad contraria a esos intereses no podría llegar a ser ejecutable en aquellos Estados en los que los procedimientos de insolvencia sean de orden público, que si no son todos, si la gran mayoría de Estados.

Sin embargo y a pesar de lo anterior, el arbitraje sigue siendo una opción para resolver cuestiones en materia de insolvencia, siempre y cuando los derechos de los terceros sigan protegidos por un tribunal doméstico. Por ello se insta a los organismos internacionales el desarrollo de una ley modelo o de lineamientos a seguir para hacer compatibles los procedimientos de arbitraje con los procedimientos de insolvencia.

## **II. Proyecto de la UNCITRAL de una Ley Modelo para el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en materia de Insolvencia**

En su sesión 47, celebrada en diciembre de 2014, se solicitó al Grupo de Trabajo V (Derecho de la Insolvencia) de las Naciones Unidas, que elabore una Ley de Modelo para el reconocimiento y ejecución de sentencias emitidas en procedimientos de insolvencia.

El Grupo de Trabajo acordó que elaborará una Ley Modelo específica para dichos efectos, en lugar de adicionar un capítulo especial a la Ley Modelo de Insolvencia Transnacional. Se pusieron sobre la mesa los diferentes temas a abordar, entre otros, que tipo de sentencias pueden ser reconocidas, el procedimiento para llevar a cabo el reconocimiento y las razones que pueden dar lugar al no reconocimiento de una sentencia.

Así mismo, se exhibió el proyecto de Ley Modelo que está siendo propuesto. Tiene por objeto el reconocimiento y ejecución de “sentencias relacionadas con insolvencia” (Insolvency-related judgment), concepto bastante amplio, pues se considera así cualquier sentencia que tenga un efecto en la masa del deudor y esté basado en una ley sobre insolvencia, o se haya emitido debido al inicio de un procedimiento de insolvencia en el extranjero. Puede, en términos generales, tratarse de cualquier sentencia que haya tenido por objeto proporcionar algún beneficio al deudor o a los acreedores, anular actos en fraude de acreedores, venta o transmisión de bienes de la masa, reestructuraciones de créditos, se cuestione la validez de garantías reales, ajustes contables o financieros, responsabilidad de los

directores de la empresa debido a la insolvencia, y liberación de las obligaciones del deudor (discharge).<sup>3</sup>

Conforme a dicho proyecto, para que una sentencia que verse sobre los temas señalados sea reconocida por un tribunal extranjero, tendría que exhibirse la misma junto con una certificación que señale se trata de una sentencia ejecutoriada, o en caso contrario, tendría que precisarse si está pendiente de resolución algún recurso y ante qué tribunal, así como, acreditar que la parte en contra de quien se pretende ejecutar fue debidamente notificada del juicio y del inicio del proceso de reconocimiento.<sup>4</sup>

Así mismo, conforme al proyecto en comento, puede no tenerse por reconocida dicha sentencia si la parte en contra de quien se pretende ejecutar, acredita que **(a)** la sentencia todavía no es ejecutoriada porque se interpuso algún recurso que tiene por objeto su revisión o no ha transcurrido el término previsto para la interposición de los recursos correspondientes, **(b)** fue notificado en forma incompatible con los principios fundamentales del Estado en que se pretende ejecutar la sentencia, **(c)** el juicio del que derivó la sentencia que se pretende ejecutar fue fraudulento, **(d)** el reconocimiento y ejecución de la sentencia sería contrario al orden público del Estado en que se pretende ejecutar, **(e)** el proceso que culminó con la sentencia que se pretende ejecutar es contrario a los principios fundamentales de un proceso justo (*fundamental principles of procedural fairness*) del Estado en que se pretende ejecutar, **(f)** la sentencia es contraria a una sentencia previa entre las mismas partes emitida en el

---

<sup>3</sup> Artículo 2 del Proyecto de Ley Modelo para el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias relativas a Insolvencia (*Draft model law on the recognition and enforcement of insolvency-related judgements*).

<sup>4</sup> Artículo 8.

Estado en que se pretende ejecutar o a una sentencia previa entre las mismas partes emitida en otro Estado que cumple con los requisitos para ser reconocida, o **(g)** el reconocimiento de la sentencia pueda ser inconsistente con el procedimiento de insolvencia.<sup>5</sup>

Lo anterior es solo un proyecto que está sujeto a discusión y a modificación, y que tiene por objeto resolver uno de los problemas más recurrentes que se han presentado en años recientes en los procedimientos de insolvencia de compañías transnacionales: ofrecer una alternativa generalmente aceptada para agilizar y uniformar los procedimientos para reconocer y ejecutar sentencias relacionadas con temas de insolvencia a nivel internacional. Lo cual puede constituirse en una primera etapa para lograr una mejor coordinación y comunicación entre los tribunales de diversos países.

### **III. Tratamiento y Pago de Sumas Aseguradas en Procedimientos de Insolvencia**

El tema del pago de sumas aseguradas ha cobrado relevancia principalmente en procedimientos de insolvencia que han iniciado por condenas por responsabilidad civil, generalmente por daños de tipo ambiental.

En los Estados Unidos de América hay múltiples precedentes de procedimientos de insolvencia que se originaron por altas condenas por concepto de indemnizaciones decretadas en acciones colectivas.

---

<sup>5</sup> Artículo 10.

Lo anterior ocasionó problemas para continuar con las operaciones ordinarias de las empresas, por lo que los administradores optaron por iniciar procedimientos para reestructurar sus adeudos.

Resulta común que una vez iniciado el procedimiento de insolvencia las empresas logren cobrar las sumas aseguradas por los seguros de responsabilidad civil que en su oportunidad contrataron, lo que ocasiona que recuperen algunos recursos para hacer frente a sus obligaciones.

Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, se presentan algunas problemáticas que han sido resueltas en forma diversa por las distintas jurisdicciones. Por ejemplo, cuando está pendiente el pago de la indemnización en el momento en que se recibe el pago de la suma asegurada ¿cómo deben etiquetarse los recursos recibidos? ¿deben formar parte de la masa del deudor? ¿o no mezclarse con la masa y destinarse exclusivamente al pago de las víctimas por responsabilidad civil? ¿las víctimas deben ser tratadas como acreedores comunes o tener algún grado de prelación especial? ¿debe crearse algún tipo de garantía real sobre el monto de la suma asegurada?

Varios países ya han regulado en forma específica el tratamiento que deben tener los pagos de sumas aseguradas por concepto de responsabilidad civil. Por ejemplo, en Italia el deudor no puede recibir los recursos hasta que las víctimas hayan sido pagadas en su totalidad, es decir, solo tiene derecho a recibir el excedente, en su caso. Lo que equipara a las víctimas con acreedores privilegiados, ya que son pagados solo después de cubrir los gastos y costos del procedimiento.

Otros países han optado porque los recursos sí se integren a la masa del deudor. Tal es el caso de Japón, en que el deudor cobra el seguro y las víctimas tienen que perseguir el cobro de su indemnización directamente de la empresa. Sin embargo, si bien los recursos se integran a la masa del deudor, están sujetos a un gravamen en favor de las víctimas por responsabilidad civil.

Por otra parte, en países como Francia y el Reino Unido el monto que se cobra de las aseguradoras no integra la masa, sino que se paga directamente a las víctimas. No obstante lo anterior, regímenes jurídicos como el del Reino Unido son muy flexibles en permitir negociaciones entre los acreedores y reducen la intervención judicial al mínimo, solo para resolver cuestiones en las que no se llegue a un acuerdo. De manera que es válido que los acreedores se pongan de acuerdo entre sí para transferir los montos de las sumas aseguradas a fideicomisos que beneficien a todos los acreedores conforme a las reglas que pacten entre ellos.

La regulación específica en torno al tratamiento que debe darse a las sumas aseguradas por responsabilidad civil es una consecuencia del número de condenas que han tenido lugar en las diversas jurisdicciones. En aquellos países en que ese tipo de condenas son más comunes existe una regulación especial, que generalmente es más benéfica para la víctima. En los países en que ese tipo de condenas no se han presentado, o se presentan en forma poco frecuente, hay una ausencia de regulación.

La regulación es también una consecuencia de la presencia de condenas por daños punitivos, las cuales resultan sumamente altas, en contraste con condenas más reducidas en los países en que no existen ese tipo de daños.

Resulta interesante que en la exposición realizada sobre Japón se explicara que debido al alto costo de los litigios en dicho país, es más común resolver el problema de indemnizaciones derivadas de actos ilícitos por parte de empresas en negociaciones fuera de juicio, y que en aquellos casos en que no se ha logrado una compensación justa para todos los afectados, organizaciones civiles han logrado la aprobación de leyes específicas que establezcan el pago de indemnizaciones por los montos ahí determinados a favor de la víctimas.<sup>6</sup>

#### **IV. Desarrollo reciente en la Reestructuración de Deuda Soberana (Deuda a cargo de Estados)**

No existe una ley que regule la insolvencia de los Estados, entidades federativas o municipios. Sin embargo, lo cierto es que siempre ha existido la posibilidad de que los Estados incumplan el pago de la deuda que asumen, y que en fechas recientes ello ha sido más palpable, pues el aumento del crédito y la diversidad de estructuras que han sido utilizadas para dar financiamiento, tanto a entes privados como públicos, ha ocasionado niveles de endeudamiento muy elevados, con la consiguiente dificultad para hacer frente a las obligaciones asumidas.

Están los casos de Argentina y de Grecia, países que han incumplido el pago de sus obligaciones financieras. En ambos casos, los representantes de dichos Estados han llevado arduas negociaciones con

---

<sup>6</sup> Algunos ejemplos son la Ley de Indemnización por Daño a la Salud por Contaminación (*Pollution-Related Health Damage Compensation Act (Act No. 111 of October 5, 1973)*), la Ley sobre Productos para la Sangre (*Blood Product Act (Act No. 2 of January 16, 2006)*), y la Ley sobre Compensación por Daños a la Salud por Asbestos (*Act on Asbestos Health Damage Relief (Act No. 4 of February 10, 2006)*). Cfr. con Hideyuki Sakai y Lisa Valentovish, en "Porqué los Seguros no son una Fuente Importante de Recuperación en los Procesos de Insolvencia Japoneses" (*Why Insurance Is Not a Significant Source of Recovery in Japanese Insolvency Proceedings*).

sus acreedores. Sin embargo, no es posible que los acreedores soliciten se declare al Estado en estado de insolvencia, ni puede el Estado solicitar a un tribunal se decrete una suspensión de pagos provisional, en tanto acuerda una reestructura. La única opción posible para un Estado son negociaciones con los acreedores fuera de un procedimiento formal. No existe un marco legal para conducir una reestructura de deuda soberana.

Desde hace varios años, diversos organismos internacionales han estudiado la posibilidad de establecer los lineamientos apropiados. Entre los años 2001 a 2003, el Fondo Monetario Internacional puso sobre la mesa diversas propuestas para un mecanismo de reestructura de deuda soberana ("*sovereign debt restructuring mechanism (SDRM)*"), también conocida como la propuesta estatutaria (*statutory approach*), ya que implicaba una reforma a los estatutos de dicho organismo que vinculara a los Estados miembros. Entre sus elementos destacaban los siguientes: que las propuestas de una "super-mayoría" de acreedores obliguen a la minoría, que el voto de una "super-mayoría" de acreedores permita que nuevos acreedores inyecten nuevos recursos al deudor y tengan preferencia en el pago, sin siquiera tener que ser parte del acuerdo de reestructura, así como, el establecimiento de un foro especial para la resolución de las controversias que se susciten.

La propuesta tenía por objeto evitar que un acreedor o un pequeño grupo de acreedores –por pretender obtener una tajada mayor (*hold out*)- impidan que se lleve a cabo una reestructura deseada por la mayoría y por el deudor.

Otra postura tiene una base contractual, y parte de insertar en los bonos que emitan los Estados cláusulas que permitan a un porcentaje alto

de acreedores –ejemplo un 75% en oposición a la unanimidad- cambiar los términos de pago establecidos. Esta postura contractual ha sido más ampliamente aceptada. Incluso México es uno de los países que ha aceptado incluir ese tipo de cláusulas (*collective action clauses*) en las emisiones de bonos que ha realizado en años recientes.

Si bien esta postura ha tenido una mejor aceptación, tiene el problema de que la gran mayoría de bonos que han sido emitidos no contienen ese tipo de cláusulas, y por lo tanto, no es posible obligar en todos los casos a todos los acreedores a aceptar el acuerdo. Por ello, algunos especialistas siguen insistiendo en una postura similar a la “estatutaria”, en el sentido de que se establezca un marco jurídico que resulte obligatorio.

Otros especialistas se inclinan por la creación de un Tribunal para Deuda Soberana. Una especie de tribunal de arbitraje internacional, independiente y permanente, conformado por expertos en deuda soberana, reestructuraciones internacionales y otras materias relevantes. Coinciden, sin embargo, en que dicho tribunal no podría ser creado o administrado por el Fondo Monetario Internacional -que en su propuesta se refería a un foro para resolución de disputas- porque existiría un claro conflicto de interés.

Los partidarios de dicha propuesta estiman que un tribunal con esas características tendría las siguientes ventajas:

- Las partes solo podrían someterse voluntariamente a su jurisdicción, insertando en la documentación financiera una cláusula arbitral en ese sentido, o incluso conviniéndolo después de que tenga lugar un incumplimiento.

- Se trataría de un foro independiente y neutral, que podría garantizar la imparcialidad.
- Puede brindar cohesión y estructura a la reestructuración de la deuda soberana, haciendo a un lado expectativas no realistas, e impidiendo que algunos acreedores elaboren sus estrategias en forma individual en perjuicio del resto.
- El tribunal estaría conformado por un panel de expertos en deuda soberana de todas partes del mundo.
- El tribunal requeriría de la emisión de disposiciones que regulen un procedimiento claro y preciso. Se enfatiza un enfoque en reglas procedimentales, más que sustantivas, que den transparencia y legitimidad al proceso.

Dicha propuesta tiene los siguientes inconvenientes:

- La elección del lugar de ubicación de dicho tribunal.
- De donde provendrían los recursos para la creación y administración del tribunal.
- El proceso de selección de los árbitros, entre otros.

Por su parte, algunos partidarios de la postura obligatoria (*statutory*) han elaborado algunos proyectos de Ley Modelo para la Reestructuración de

Deuda Soberana, aceptando expresamente que no existe todavía un consenso sobre si debe haber un marco jurídico obligatorio.

Uno de los proyectos de Ley de Modelo que fueron presentados<sup>7</sup> señala que debe operar retroactivamente y prevalecer sobre las disposiciones contractuales de las operaciones financieras objeto de reestructura. Así mismo, establece que para que un Estado pueda acogerse a las disposiciones de la ley modelo debe solicitarlo a un organismo neutral internacional por especificarse.

La propuesta señala como requisitos para acogerse a la ley no haber hecho uso del procedimiento durante los 10 años anteriores, convenir aceptar y cumplir las disposiciones de la ley modelo, y haber aprobado y tener en vigor dentro de su jurisdicción las disposiciones legales necesarias para hacer efectivas las obligaciones que asuma como consecuencia de someterse al procedimiento.

En términos generales, el procedimiento es el siguiente: una vez que la solicitud haya sido admitida, el Estado debe notificar a sus acreedores de su intención de someterse al procedimiento de la ley modelo. Así mismo, solo el Estado puede hacer una propuesta de reestructura, la cual debe cumplir con diversos requisitos especificados en la propuesta de ley, como por ejemplo, especificar las clases de acreedores que debe tener el plan de re-estructura, así como los términos y condiciones de pago. Si el plan de reestructura es aprobado por todas las clases de acreedores, el Estado es liberado de sus adeudos, y solo queda obligado a lo establecido en el plan aprobado. Todas las disputas que se susciten durante el procedimiento serán resueltas por un panel arbitral compuesto por 3 árbitros.

---

<sup>7</sup> Prepared by Steven L. Schwarcz, Lead Author.

Otras propuestas de regulación proponen también la creación de un marco jurídico con un procedimiento muy sencillo, que deje muy poca discrecionalidad al tribunal o administrador del proceso.

Otros expertos reconocen que lo ideal sería la uniformidad en el derecho sustantivo y en el procedimiento, pero admiten que lo anterior está muy lejos de suceder, y por el contrario, la experiencia en la Unión Europea, en la que cada país tiene su propio sistema jurídico, ha enseñado que en un mundo con sistemas jurídicos diversos y contenido sustantivo también distinto, es más fácil alcanzar un resultado exitoso fijando estándares para el reconocimiento y ejecución de los sistemas extranjeros, en lugar de buscar una uniformidad sustantiva. La experiencia también muestra que el reconocimiento recíproco lleva poco a poco a una armonización sustantiva.

## **V. Responsabilidad Civil de Directores de las Empresas Insolventes**

En Europa desde hace décadas se desarrolló un sistema que tiene por objeto que los Directores de las empresas insolventes resulten responsables directamente de responsabilidad civil frente a los acreedores, cuando actuaron con negligencia.

En efecto, originalmente los Directores y altos funcionarios de las empresas solo podían ser responsables penalmente cuando se demostraba que habían cometido algún delito, lo cual implicaba la necesidad de probar que intencionalmente habían incurrido en alguna conducta fraudulenta.

Sin embargo, solo excepcionalmente la insolvencia deriva de conductas fraudulentas. La gran mayoría de las veces deriva de cuestiones ajenas a la voluntad de los administradores, o de incompetencia o negligencia en el manejo de la empresa. En éste último caso no es posible fincar un delito a los administradores, pero no obstante ello, la negligencia en la administración de la empresa ocasiona un perjuicio a todos los acreedores.

Por ello, se considera que los administradores tienen un deber de conducirse en forma adecuada frente a la empresa y los socios, y que cuando existen indicios de que la empresa empieza a tener problemas de insolvencia, ese deber de cuidado se extiende a los acreedores, debido a que éstos resienten una pérdida en caso de que la empresa sea declarada insolvente.

Si la empresa es declarada insolvente, el encargado del concurso o de la quiebra tiene como uno de sus principales objetivos recuperar la mayor cantidad de recursos que sea posible a favor de la empresa, para lograr el mejor acuerdo con sus acreedores. Así, tratará de hacer efectivos todos los derechos de cobro que tenga a su favor, cobrar las pólizas de seguro que cubran riesgos que puedan estimarse actualizados, y evitar, en la medida posible, la terminación de los contratos que le devenguen ingresos. En suma, obtener todos los recursos de que pueda legalmente disponer.

En ese tenor, a alguien se le ocurrió que si existen evidencias de que la insolvencia se debió a la negligencia de los administradores, no resultaba justo que estos retuvieran íntegramente las contraprestaciones recibidas por una función que fue deficiente. En dichos casos, debía entrar en juego la

responsabilidad civil, de manera que contribuyeran personalmente a la masa de la empresa insolvente.

De esa manera ya no era necesario incurrir en responsabilidad penal, y probar una intencionalidad que no existía; sino que bastaba probar la negligencia para que, sin que existiera una sanción penal, pudiese obligárseles a retribuir algunos de los ingresos que obtuvieron, en beneficio de los acreedores que resultaron afectados.

A partir de lo anterior, en Europa ha sido ampliamente desarrollada la responsabilidad civil de los administradores y directores de las empresas. Tienen la obligación de asegurarse de que la empresa cuente con la estructura adecuada –contable, financiera, administrativa- para llevar a cabo sus funciones y para cumplir con sus obligaciones, y en aquellos casos en que objetivamente existan indicios suficientes de que la empresa incurrirá en insolvencia, están obligados a solicitar el inicio de un proceso de reestructura.

Alemania establece un plazo de 3 semanas a los administradores para solicitar el inicio de un proceso de reestructura o insolvencia, cuando la insolvencia es previsible, ya que en caso contrario, incurrirán en responsabilidad civil. De esa manera se les obliga a tomar las medidas necesarias para evitar la insolvencia antes de que sea demasiado tarde. Los procesos de insolvencia, por regla general, prevén un período de moratoria, en que la empresa puede legalmente suspender el pago de sus obligaciones, con la finalidad de lograr una reestructura.

Disposiciones similares existen en Italia y en el Reino Unido, en que a los administradores se les finca responsabilidad por *haber continuado con la*

*operación ordinaria* de la empresa, después de la existencia de indicios de que la empresa podía incurrir en insolvencia. En esos casos, para evitar incurrir en responsabilidad, los administradores tienen que acreditar haber tomado todas las medidas necesarias para disminuir las pérdidas. Por ello en esos casos el inicio de un procedimiento *ad hoc* para evitar pérdidas y reestructurar a la empresa resulta idóneo.

En la reforma a la Ley de Concursos Mercantiles publicada el 10 de enero de 2014 se introdujeron por primera vez en México, algunos artículos dirigidos a imputar responsabilidad civil a los administradores de empresas mexicanas.<sup>8</sup> Su redacción prevé causas específicas de responsabilidad, no

---

<sup>8</sup> **TÍTULO DÉCIMO BIS**  
**Responsabilidad de los administradores**  
*Título adicionado DOF 10-01-2014*

**Artículo 270 Bis.-** Los miembros del consejo de administración, así como los empleados relevantes del Comerciante, serán susceptibles de la responsabilidad consistente en indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al Comerciante, cuando le hayan causado un daño patrimonial y el Comerciante se encuentre en incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones a que se refieren los artículos 10, 11 y 20 Bis de esta Ley, en virtud de actualizarse alguno de los supuestos siguientes:

- I. Voten en las sesiones del consejo de administración o tomen determinaciones relacionadas con el patrimonio del Comerciante, con conflicto de interés;
- II. Favorezcan, a sabiendas, a un determinado accionista o grupo de accionistas del Comerciante, en detrimento o perjuicio de los demás accionistas;
- III. Cuando, sin causa legítima, por virtud de su empleo, cargo o comisión, obtengan beneficios económicos para sí o los procuren en favor de terceros, incluyendo a un determinado accionista o grupo de accionistas;
- IV. Generen, difundan, publiquen, proporcionen u ordenen información, a sabiendas de que es falsa;
- V. Ordenen u ocasionen que se omita el registro de operaciones efectuadas por el Comerciante, así como alteren u ordenen alterar los registros para ocultar la verdadera naturaleza de las operaciones celebradas, afectando cualquier concepto de los estados financieros;
- VI. Ordenen o acepten que se inscriban datos falsos en la contabilidad del Comerciante. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que los datos incluidos en la contabilidad son falsos cuando las autoridades, en ejercicio de sus facultades, requieran información

---

relacionada con los registros contables y el Comerciante no cuente con ella, y no se pueda acreditar la información que sustente los registros contables;

- VII. Destruyan, modifiquen u ordenen que se destruyan o modifiquen, total o parcialmente, los sistemas o registros contables o la documentación que dé origen a los asientos contables del Comerciante, con anterioridad al vencimiento de los plazos legales de conservación y con el propósito de ocultar su registro o evidencia;
- VIII. Alteren u ordenen que se modifiquen las cuentas activas o pasivas o las condiciones de los contratos, hacer u ordenar que se registren operaciones o gastos inexistentes, exagerar los reales o realizar intencionalmente cualquier acto u operación ilícita o prohibida por la ley, generando en cualquiera de dichos supuestos una deuda, quebranto o daño en el patrimonio del Comerciante, en beneficio económico propio, ya sea directamente o a través de un tercero, o de terceros, incluyendo el registro de pasivos a favor de las personas señaladas en los artículos 116 y 117 de esta Ley, o
- IX. En general, realicen actos dolosos o de mala fe, o bien, ilícitos conforme a esta Ley u otras leyes.

La responsabilidad consistente en indemnizar los daños y perjuicios ocasionados con motivo de los actos, hechos u omisiones a que hacen referencia las fracciones anteriores de este artículo, será solidaria entre los culpables que hayan adoptado la decisión y será exigible como consecuencia de los daños o perjuicios ocasionados. La indemnización que corresponda deberá cubrir los daños y perjuicios causados al Comerciante y, en todo caso, se procederá a la remoción del cargo de los culpables.

El Comerciante afectado, en ningún caso, podrá pactar, ni prever en sus estatutos sociales, prestaciones, beneficios o excluyentes de responsabilidad, que limiten, liberen, sustituyan o compensen las obligaciones por la responsabilidad a que se refiere este precepto legal; únicamente podrán contratar seguros, fianzas o cauciones que cubran el monto de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, salvo que se trate de actos dolosos o de mala fe, o bien ilícitos conforme a esta Ley u otras disposiciones aplicables.

Para los efectos de este artículo, se entenderá por empleados relevantes, el director general de una sociedad sujeta a esta Ley, así como las personas físicas que ocupando un empleo, cargo o comisión en ésta, con conocimiento, adopten, ordenen o ejecuten los actos, omisiones o conductas de que se trate.

*Artículo adicionado DOF 10-01-2014*

**Artículo 270 Bis-1.-** La acción de responsabilidad consistente en indemnizar los daños y perjuicios que derive de los actos, omisiones o conductas a que se refiere el artículo anterior, será exclusivamente en favor del Comerciante que se ubique en los supuestos previstos en el artículo 10 de esta Ley y, en consecuencia, de la Masa. Lo que antecede será sin perjuicio de la posible acción penal por los delitos en su caso cometidos.

La acción de responsabilidad podrá ser ejercida:

- I. Por el Comerciante, y
- II. Por los accionistas de la sociedad de que se trate que, en lo individual o en su conjunto, tengan la titularidad de acciones con derecho a voto, incluso limitado o restringido, o sin derecho a voto, que representen el veinticinco por ciento o más del capital social de la sociedad.

es tan general como en los países europeos que fueron mencionados, en que basta que ante la evidencia de incurrir en insolvencia, los administradores deben tomar medidas específicas e incluso solicitar el inicio de un procedimiento, para evitar incurrir en responsabilidad.

Así mismo, el artículo 270 Bis 2 de la Ley de Concursos Mercantiles expone diversas situaciones que excluyen la responsabilidad de los

---

El demandante podrá transigir en juicio el monto de la indemnización por daños y perjuicios, siempre que previamente someta a aprobación del conciliador o síndico, según corresponda, los términos y condiciones del convenio judicial correspondiente. La falta de dicha formalidad será causa de nulidad relativa.

El ejercicio de las acciones a que se refiere este artículo no estará sujeto al cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 161 y 163 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. En todo caso, dichas acciones deberán comprender el monto total de las responsabilidades en favor del Comerciante y no únicamente el interés personal del o los demandantes.

Las acciones que tengan por objeto exigir responsabilidad en términos de este artículo, prescribirán en cinco años contados a partir del día en que se hubiere actualizado el supuesto de que se trate, de los que se refiere el artículo 270 Bis, que haya causado el daño patrimonial correspondiente.

En todo caso, las personas que a juicio del juez hayan ejercido la acción a que se refiere este precepto, con temeridad o mala fe, serán condenadas al pago de costas en términos de lo establecido en el Código de Comercio.

*Artículo adicionado DOF 10-01-2014*

**Artículo 270 Bis-2.-** Los miembros del consejo de administración y los empleados relevantes no incurrirán, individualmente o en su conjunto, en responsabilidad por los daños o perjuicios que ocasionen al Comerciante cuando le hayan causado un daño patrimonial, derivados de los actos, omisiones o conductas que ejecuten o las decisiones que adopten, cuando actuando de buena fe, se actualice cualquiera de las excluyentes de responsabilidad siguientes:

- I. Den cumplimiento a los requisitos que la ley aplicable o los estatutos sociales establezcan para la aprobación de los asuntos que compete conocer al consejo de administración;
- II. Tomen decisiones o voten en las sesiones del consejo de administración con base en información proporcionada por empleados relevantes, la persona moral que brinde los servicios de auditoría externa o expertos independientes, cuya capacidad y credibilidad no ofrezcan motivo de duda razonable;
- III. Hayan seleccionado la alternativa más adecuada, a su leal saber y entender, o bien, el posible daño patrimonial al Comerciante no haya sido previsible, en ambos casos, con base en la información disponible al momento de la decisión, o
- IV. Cumplan los acuerdos de la asamblea de accionistas, siempre y cuando éstos no sean violatorios de la ley.

administradores, por lo que bastará que estos prueben encontrarse en alguna de dichas hipótesis para evitar la responsabilidad civil.

Hasta el momento en México no se han aplicado ni interpretado dichas normas, pero resultará interesante ver si se seguirá la tendencia europea, inclinada a imputar la responsabilidad salvo prueba en contrario, o la tendencia norteamericana. En los Estados Unidos de América, aun cuando existe la posibilidad de imputar responsabilidad civil a los administradores cuando incurren en negligencia, en la práctica no se hace, aun cuando pueda predecirse que la empresa incurrirá en insolvencia los administradores tienen amplia discrecionalidad para seguir operando, y por regla general, solo inician procedimientos de insolvencia cuando estiman que es conveniente para la empresa. Por regla general, solo se inician acciones en contra de los directivos cuando incurren en conductas fraudulentas, constitutivas de delito.

Cabe enfatizar que se comentó que en algunos países europeos y en Japón, es posible fincar responsabilidad civil en los administradores de la empresa tenedora, cuando alguna de sus subsidiarias resulta insolvente, puesto que es obligación de los administradores de la empresa tenedora estar al pendiente de la operación de las empresas del grupo.

## **Conclusiones**

Los temas relacionados fueron algunos de los más relevantes que fueron tratados durante el curso y la conferencia, y que pueden tener un impacto en México, en el corto o largo plazo. Se hizo mucho énfasis en la importancia de la coordinación y comunicación que es conveniente exista entre los administradores de los procesos y los jueces de diversos países,

cuando está en juego un proceso de insolvencia de empresas multinacionales, que tienen bienes o vínculos con varios países, pues solo de esa manera se logra conservar la masa lo mejor posible y armonizar los planes de reestructura, lo cual resulta más beneficioso para todas las partes involucradas.