

EXPERIENCIAS SOBRE LA QUIEBRA TRANSFRONTERIZA

Sólo hay dos palancas que muevan a los hombres: el miedo y el interés.-
Napoleón Bonaparte

1.- Antecedentes.

Como antecedente de esta exposición en el año 2007 hice un trabajo que expuse en Barcelona, España, con motivo del Tercer Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

Recuerdo la plática con el Doctor Jesús María Sanguino Sánchez, quien el plantearle la ley modelo de UNCITRAL su comentario, como siempre muy atinado fue, ese es una obra del Imperio para imponer su ley a todo el mundo.

La Quiebra o insolvencia no es un invento del hombre es una circunstancia de hecho.

Los procedimientos de quiebra, insolvencia, concurso, etc., sí son una creación del hombre y por ello tienen los defectos de las obras del hombre, tienen aciertos e imperfecciones.

El proceso de concurso mercantil mexicano, puede iniciarse por una demanda de algún acreedor o bien por una solicitud del propio deudor, en ambos casos pueden solicitarse al juez federal la adopción de medidas precautorias para mantener a la empresa trabajando y conservar los bienes de la masa.

Solo pueden ser declarados en concurso mercantil los comerciantes, conforme lo define el código de comercio de 1889.

El juez federal que es quien a partir del 2000 es el único competente para conocer del procedimiento de concurso mercantil

Es un sinsentido el que se tenga que realizar la etapa de visita en los procedimientos de solicitud de concurso.

El procedimiento conlleva un análisis de la contabilidad del comerciante para analizar si se encuentra dentro de los supuestos de ley y en caso afirmativo se declarará el concurso mercantil, que tiene dos etapas, una de conciliación para llegar a un convenio entre acreedores y deudores y una segunda etapa que se le denomina quiebra que es liquidatoria.

El problema que ataca es en de la insolvencia de patrimonios internacionalmente dispersos, dando lugar a lo que se conoce como quiebra transfronteriza.

La discusión no es menor pues en un número importante de estos procesos de insolvencia, reestructura, concursos, o como se les denomine, existirá un choque o encontronazo de legislaciones. (Conflicto de leyes)

En la práctica el antecedente es el proceso de exequatur para reconocer sentencias dictadas en el extranjero.

Los extremos de las posturas que existen se denominan territorialismo por un lado, contra universalismo del otro lado, señalando y denominando de diferentes formas los esquemas legales que se han adoptado entre cada uno de estos polos.

El sistema territorial desconoce los efectos del procedimiento de quiebra extranjero, considera que el patrimonio del deudor común que se encuentra bajo el territorio de su jurisdicción, debe responder por las deudas que existen en dicho país, conforme al sistema legal que en dicho territorio exista.

Este sistema territorial rechaza la propagación de los efectos de la insolvencia local en el extranjero y viceversa. Bajo este sistema los acreedores deben solicitar en cada País la declaración de quiebra.

Imaginemos compañías que tengan bienes en 50 o más Países lo difícil de sostener este sistema territorial.

En el sistema universal puro, todo el patrimonio del deudor insolvente forma parte de la masa y será manejado bajo una sola legislación con independencia del lugar en que se ubiquen.

En el sistema universal, una vez declarado el estado de insolvencia, quiebra, concurso, etc. este se extiende o irradia a todos los países en los que existan bienes de deudor común.

El sistema universal tiene dos variantes.

a) **La que señala que solo hay un procedimiento**, a él deben acudir todos los acreedores y ante él se determinan y disponen la totalidad del patrimonio.

b) Por otro lado **la que mantiene un procedimiento autónomo por cada país** en donde existan bienes del deudor.

El sistema territorial es el que imperaba en la mayoría de los países hasta finales del siglo XX, cuando derivado del auge en el comercio e industrialización internacional, así como la constante colocación de valores por parte de las empresas en los mercados internacionales, principalmente en el mercado de valores de Nueva York, llevó a que se reconsiderara la postura territorial.

Desde luego que debe señalarse como otra fuente importante del tema la creación de la Comunidad Económica Europea.

La modernidad globalizada pretende crear normas homogéneas para regular la quiebra de las empresas transnacionales, pero resulta inevitable el surgimiento de ciertas dudas: ¿podrán aplicarse sin restricción a personas o empresas que no pueden ser siquiera catalogadas como tales?, o ¿a personas individuales o colectivas cuya actividad preponderante se realice en un solo Estado?

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) a través de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL), reconoció la importancia del establecimiento de ordenamientos internos homogéneos, simétricos a los regímenes de otros

Estados, con el objeto de regular las actividades de las sociedades o conglomerados económicos que abarquen diversos territorios que no se rijan bajo una misma jurisdicción.

La Guía de Incorporación al Derecho Interno de la Ley Modelo estipula que su finalidad es la de dotar al derecho interno de los Estados que la adopten una normatividad moderna, equitativa y armonizada que contribuya a resolver con mayor eficacia los casos de insolvencia transfronteriza.

Cada legislación tiene su historia y su razón de existir en cada nación, desde razonamientos basados en políticas públicas, conquistas sindicales hasta modificación de leyes para ajustarlas a la conveniencia de grupos económicos de poder.

La quiebra transfronteriza necesariamente lleva a un estudio filosófico en cada país, para determinar y categorizar los valores que deben de prevalecer sobre otros que estarán dispuestos a conceder.

La tendencia ha sido desde finales del siglo XX hasta estas primeras décadas del siglo XXI, un transitar del territorialismo al universalismo.

Sin embargo este año del 2016 sin duda alguna ha sido una muestra de que el péndulo del libre mercado está empezando a revertirse, no podemos negar que el BREXIT y el apoyo considerable a las radicales posturas del candidato Republicano a la Presidencia de los EUA, contra los tratados comerciales como el Tratado de Libre Comercio entre México, E.U.A. y Canadá, y su resistencia al Tratado Transpacífico, darán lugar a modificaciones que se reflejarán de alguna manera en las legislaciones de insolvencia transfronteriza.

Para aquellos países que no han adoptado la Ley Modelo de Uncitral deberán considerar esta nueva tendencia y no caer en la tentación de adoptarla abiertamente sin establecer candados de protección a la industria nacional.

Es muy difícil afirmar cuál es el modelo de legislación más justo pues todo dependerá del lugar en que nos encontremos, ya sea representando al

deudor o de los acreedores, lo que no hay duda es que la indecisión o la lenta definición el procedimiento perjudica a todos los involucrados.

Un ejemplo de lentitud y postergación lo encontramos en el procedimiento de Concurso Mercantil iniciado en México de una empresa prestadora de servicios a Petróleos Mexicanos, con 11 mil trabajadores y deudas por casi 5 mil millones de dólares, que trascendió las fronteras mexicanas cuando el gigante CITIGROUP anunció una modificación a sus estados financieros en la Bolsa de Valores Nueva York derivado de un supuesto desfalco por alrededor de 500 millones de dólares en las operaciones de la empresa denominada OCEANOGRAFÍA.

El proceso inició como nunca se había visto antes en México, a través de un acto de aseguramiento promovido por la Procuraduría General de la República sobre los bienes y administración de OCEANOGRAFÍA, derivado de una investigación criminal iniciada de oficio por delitos de lavado de dinero efectuada por la Subprocuraduría Especializada Investigación de Delincuencia Organizada (SEIDO), posterior sello la administración de la sociedad quedó en manos del Servicio de Administración y Enajenación de Bienes, organismo público dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público encargada de la administración de los bienes que el Estado incauta principalmente a narcotraficantes.

Dicho organismo solicitó como administrador de OCEANOGRAFÍA, que se le declarara en Concurso Mercantil, el procedimiento se ha manejado con gran desaseo y en dos ocasiones se votó favorablemente un convenio de restructura y esas mismas veces fue revocada la sentencia de aprobación por un Tribunal de Apelación.

A dos años de esa sentencia de Concurso Mercantil, no existe definición alguna para los dueños de los barcos y se ha declarado el procedimiento en etapa de quiebra.

Pero volviendo al tema de la Quiebra Transfronteriza, debemos también apuntar a la problemática que genera el lenguaje del capítulo de la ley modelo de Uncitral, pues es fundamental se ajuste o tropicalice según la latitud en la que uno se encuentre.

Recordemos que no es realmente una traducción adecuada al denominar Quiebra a lo que los anglosajones denominan Bankruptcy, pues nosotros entendemos por quiebra al proceso de liquidación y venta de bienes del patrimonio sujeto al proceso de insolvencia, en el idioma Inglés así le denominan al procedimiento en general de insolvencia.

En el caso de la incorporación de la ley modelo en la Ley de Concursos Mercantiles no se realizó esta adecuación de conceptos y términos legales, dando lugar a disposiciones inentendibles.

Qué tanto se irradian efectos e instituciones del país que es la jurisdicción del procedimiento principal a los procedimientos accesorios.

Si bien se contiene un artículo que señala que solamente puede aplicarse en tanto sea armónico con los principios fundamentales de derecho, me pregunto si podrían extenderse efectos del procedimiento principal a los procedimientos satelitales en cuestiones como por ejemplo el fuero de atracción, o el fresh start.

Procesos del capítulo XII de la Ley de Concursos Mercantiles en los que he intervenido.

- Caso Xacur

El caso de los hermanos Xacur se volvió famoso por haber sido el primero en el mundo en que se utilizó la Ley Modelo de Uncitral de quiebra transfronteriza, debiendo ser emblemático porque es exactamente como no debió de haberse utilizado.

Tres hermanos personas físicas, principales accionistas de empresas mexicanas Hidrogenadoras de Aceites Vegetales, Harinas y Jaboneras, con adeudos bancos mexicanos por alrededor de 700 millones de dólares, que derivado de la crisis económica del año de 1994 y 1995, se ven en la necesidad de solicitar a los tribunales mexicanos se les declare en Suspensión de Pagos.

Los tres hermanos mexicanos con domicilio en México, habían avalado o constituido obligación solidaria en lo personal en los diversos créditos de las sociedades.

Son perseguidos en México penalmente por las Instituciones de Crédito, dándose el único caso de delito de fraudulencia en Suspensión de Pagos, huyen de México y los bancos mexicanos acuden a una Corte en la Ciudad de Houston a que se les declare en Quiebra Involuntaria a los tres hermanos personas físicas.

Debo mencionar que la declaración en quiebra de las tres personas físicas sucedió en el año 1997 y que la incorporación de la Ley Modelo de Uncitral en la Legislación Mexicana se dio hasta la publicación en mayo del 2000 de la Ley de Concursos Mercantiles que abogó la Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos.

Otra nota fundamental para este tema y que este auditorio comprende de inmediato su relevancia, es que tanto la Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos al igual que la Ley de Concursos Mercantiles, solo es aplicable a comerciantes.

Esta relevancia es evidente cuando consideramos que en los EUA no existe esa distinción y la ley aplica por igual a personas físicas que a personas morales, comerciantes o no.

También resulta importante indicar que la competencia de la Juez en la ciudad de Houston en Texas, EUA, era muy dudosa pues en realidad no era ese el domicilio de ninguno de los tres hermanos, y en los contratos de crédito se establecieron sus domicilios en México

Pero ya sabemos la laxitud de los tribunales americanos para otorgarse competencia, con decirles que uno de los elementos o puntos de contacto que usó la juez fue para determinar su competencia, fue que a uno de los tres demandados le llegaba correspondencia bancaria al departamento de uno de sus hijos en Houston.

Y aunque no era competente se les constituyó en Quiebra a los tres hermanos, con dicha sentencia aplicando retroactivamente la ley se acudió en el 2000 al proceso incidental de Reconocimiento de Procedimiento Extranjero, y la sentencia fue reconocida por un juez de distrito mexicano, quien comenzó a ejecutarla en territorio mexicano en contra de los tres hermanos, otorgándole a los ejecutantes medidas cautelares que pretendían tomar el control de las sociedades a través de actas de asamblea espurias.

Al final el Amparo Constitucional tras más de 4 años de litigio determinó que no debía o no podía reconocerse la sentencia para dos de los tres hermanos por no ser comerciantes, y para el más importante patrimonialmente hablando, se determinó que sí era ejecutable y debía reconocerse la sentencia extranjera.

- Mexicana de Aviación

Otro caso en el que se utilizó el capítulo XII de la Ley de Concursos Mercantiles y XV de la Ley de Quiebras de los EUA, fue el de las empresas Compañía Mexicana de Aviación, S.A. de C.V., Aerovías Caribe, S.A. de C.V. y Mexicana Inter, S.A. de C.V. (Empresas de Aviación de bajo costo) que bajo el nombre comercial de Click y Link, funcionaban en el mercado mexicano.

En el año del 2010 estas tres empresas junto con una la que se denominaba Mexicana MRO, que eran unos talleres de mantenimiento de aviones en el aeropuerto de la Ciudad de México y Guadalajara, solicitan en diversos momentos se les declare en estado de Concurso Mercantil ante un Juez de Distrito de la Ciudad de México.

Con la solicitud de Concurso Mercantil de Mexicana de Aviación, se solicitaron más de 50 medidas cautelares a favor de la deudora común, entre otras, la suspensión de cualquier acto de ejecución o embargo de

las aeronaves por los acreedores o por los arrendadores de los fuselajes o de los motores de la HOLA que tenían las tres sociedades.

También se solicitó se ordenara al fiduciario en un fideicomiso de pago, liberara en favor de la empresa los recursos derivados de compra de boletos vía tarjeta de crédito en los Estados Unidos.

En el procedimiento inicial del Concurso Mercantil de Mexicana de Aviación, se concedieron la gran mayoría de las medidas precautorias, y con dicha resolución acudió Mexicana de Aviación, por medio de un apoderado ante una Corte Federal de la Ciudad de Nueva York, a solicitar el reconocimiento del proceso de Concurso y la aplicación de las medidas precautorias en el territorio de los E.U.A.

Al suscrito y a mi despacho le tocó en aquella ocasión representar al principal acreedor bancario que tenía constituidos diversos créditos y fideicomisos de garantía y pago.

En particular en los E.U.A. se tenía una parte garantizada con un fideicomiso que se constituía con los pagos de boletos de avión mediante el uso de tarjetas de crédito, por lo que solicitábamos que el proceso no fuera reconocido en todos sus términos pues las medidas precautorias solicitadas afectaban principios de orden público americanos, al afectar a un acreedor con garantía (ADECUATE PROTECTION) pues se pretendía usar el fondo de los recursos recaudados en EUA y obligar al fiduciario a agente a entregar los recursos a la sociedad para ser frente con ellos a todos los adeudos que existían en México.

El proceso en la Corte de N. Y. involucró a todos los acreedores que existían en los EUA, desde aeropuertos, compañías proveedores de combustible, arrendadoras de aviones y motores, así como también a la autoridad recaudadora de impuestos americana (Internal Revenue Service "IRS").

Los argumentos de objeción del reconocimiento involucraban cuestiones como la falta de sentencia declarativa del Concurso Mercantil de las

Sociedades, la falta de representación a quien acudió solicitar el reconocimiento extranjero, la violación apolítica o principios de orden público.

En determinado momento se le solicitó al juez americano que condicionara el reconocimiento del procedimiento extranjero y la aplicación de las medidas al hecho de que se respetaran los derechos de los acreedores americanos en el proceso en México.

El procedimiento extranjero fue reconocido al final pero con algunas salvedades que se documentaron en convenios judiciales para evitar que se les impugnaran después por una probable argumentación de ser contratos o convenios privados entre las partes con posterioridad al Concurso Mercantil.

- VITRO

Otro caso de quiebra transfronteriza conocido es el de una de las empresas más grandes en producción y comercialización de vidrio en el mundo con sede en Monterrey, Nuevo León, que surtía a buena parte de los fabricantes de automóviles en Detroit.

La deuda total de la empresa era de 3,400 millones de dólares, entre las que se encontraba una emisión de bonos (deuda) en el mercado de NY y se sometió a un procedimiento de concurso mercantil en la ciudad de Monterrey, México.

Los tenedores de los bonos en EUA rechazaron las propuestas de convenio concursal realizadas por la empresa consistente en una quita y capitalización de la deuda en acciones de la sociedad cotizante en la Bolsa Mexicana de Valores, pues ese convenio establecía que las subsidiarias dejaban de garantizar las obligaciones de la concursada, cuando sí tenían esa garantía al momento de la emisión del bono.

Sin embargo, la concursada obtuvo la aprobación del convenio con el voto a favor de créditos de las subsidiarias de VITRO que representaban más del 60% del capital adeudado.

Esos bonistas además habían conseguido congelar todas las cuentas por pagar de empresas en EUA así como declarar a 10 empresas subsidiarias de Vitro en EUA en un proceso de quiebra involuntaria.

Al final no fue reconocido el convenio por el juez de Dallas basado en violaciones a políticas o principios de orden público.

La imaginación tiene sobre nosotros mucho más imperio que la realidad.
Jean de La Fontaine (1621-1695) Escritor y poeta francés.

No tenemos otro mundo al que podemos mudar.
Gabriel García Márquez.