

La necesidad de actualización y perfeccionamiento de la regulación de la insolvencia transfronteriza en Cuba

The need to update and improve the regulation of cross border insolvency in Cuba

ADRIANA MAE MOLINA RIVAS*

Universidad de Oriente (Cuba)

Resumen: La insolvencia transfronteriza se configura cuando, iniciado un procedimiento de insolvencia, los bienes del deudor están ubicados en más de un Estado o existen acreedores foráneos. Como esta situación de crisis patrimonial involucra a varias jurisdicciones, las naciones han llegado a suscribir convenios internacionales y a reforzar sus normativas internas a fin de establecer mecanismos que permitan solucionar estos conflictos. Con el propósito de facilitar lo anterior, la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional elaboró la Ley Modelo sobre insolvencia transfronteriza, cuyas disposiciones han sido incorporadas a las legislaciones concursales de diferentes países por contener reglas valiosas que viabilizan la coordinación de los procedimientos de insolvencia, el reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia y el acceso de los acreedores y representantes extranjeros a los tribunales de otro Estado para participar en un proceso de esta naturaleza. En el caso de la legislación cubana, resulta evidente la insuficiente regulación de la insolvencia transfronteriza, lo que incide negativamente en su resolución. A raíz de esta problemática, en el presente estudio se persigue como objetivo: fundamentar, a partir de un análisis teórico y doctrinal, la necesidad de actualización y perfeccionamiento de la referida regulación en Cuba, tanto en el ámbito del derecho interno como en el internacional convencional.

Palabras clave: Insolvencia transfronteriza, tratados internacionales, Ley Modelo de la Cnudmi sobre la insolvencia transfronteriza, procedimientos concursales, legislación cubana

Abstract: Cross-border insolvency is configured when insolvency proceedings are initiated and the debtor's assets are located in more than one State or there are foreign creditors. As this situation of patrimonial crisis involves several jurisdictions, nations have come to sign international agreements and reinforced their internal regulations in order to establish mechanisms that allow these conflicts to be resolved. In order to facilitate the foregoing, the United Nations Commission for the Development of International Trade Law prepared the Model Law on cross-border insolvency, whose provisions have been incorporated into the bankruptcy laws of different countries as it contains valuable rules that make possible the coordination of insolvency proceedings,

* Profesora del Departamento Derecho Penal, Empresa e Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Cuba. Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Oriente y Master of Science in Management por la St. Thomas University.

Código ORCID: 0000-0001-9530-8195. Correo electrónico: amolina@uo.edu.cu

the recognition of a foreign insolvency proceeding, and the access of foreign creditors and representatives to the courts of another State to participate in a process of this nature. In the case of Cuban legislation, insufficient regulation of cross-border insolvency is evident, which has a negative impact on its resolution. As a result of this problem, the present study pursues the following objective: to establish, based on a theoretical and doctrinal analysis, the need to update and improve the aforementioned regulation in Cuba both in the field of domestic law and in conventional international law.

Key words: Cross-border insolvency, international treaties, Uncitral Model Law on Cross-Border Insolvency, insolvency proceedings, Cuban legislation

CONTENIDO: INTRODUCCIÓN.- II. LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA: DEFINICIÓN Y TEORÍAS DE RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO.- III. UNA MIRADA A LA REGULACIÓN DE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.- IV. EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA EN LA LEGISLACIÓN CUBANA. NECESIDAD DE ACTUALIZACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Toda empresa corre el riesgo de verse imposibilitada, de manera temporal o definitiva, de sufragar la totalidad de sus deudas y, en este sentido, las legislaciones prevén los mecanismos sustantivos y procesales para enfrentar la insolvencia empresarial. No obstante, en un contexto en el que el comercio y las inversiones se han diseminado a escala mundial, y en el que las empresas han llegado a adquirir bienes y obligaciones en diversos países, ha surgido un tipo especial de insolvencia que afecta los intereses de varios Estados y es capaz de involucrar a más de un ordenamiento nacional.

Se configura así la insolvencia transfronteriza¹, una situación de crisis patrimonial en la que existen bienes o acreedores en diferentes territorios y que demanda —por la importancia de no excluir de un procedimiento concursal² ni los derechos de acreedores foráneos, ni los activos del deudor insolvente localizados en otras jurisdicciones— reglas modernas que permitan el reconocimiento de los procedimientos de insolvencia tramitados en otros Estados, el acceso de los acreedores y representantes de esos procedimientos a los tribunales del país en cuestión, y la cooperación entre jueces concursales nacionales y extranjeros en la resolución del conflicto.

1 También conocida como «insolvencia internacional» o «concurso con repercusión transnacional». En este trabajo, estas denominaciones se usarán indistintamente para hacer referencia al mismo fenómeno.

2 Los procedimientos concursales mediante los que se intenta solventar esta situación son la quiebra y la suspensión de pagos.

Con vistas a hallar soluciones que posibiliten lo anterior, la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi)³ y la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (Insol)⁴ se volcaron al estudio del tema. De la labor de estos entes surgió en 1997 la Ley Modelo sobre la insolvencia transfronteriza, cuyas disposiciones hasta marzo del 2021 habían sido incorporadas a las normativas concursales de cincuenta naciones⁵ por ser valiosas no solo para las jurisdicciones ya habitadas «a tener que resolver numerosos casos de insolvencia transfronteriza, sino también para aquellas otras que desean prepararse como es debido para la eventualidad cada vez más probable de que esos casos proliferen» (Cnudmi, 2013, p. 22).

Este escenario muestra que diferentes países se han dispuesto a enfrentar al concurso con repercusión transnacional, pero esa revolución no ha repercutido sobre el panorama jurídico cubano pues, si bien con la apertura de la nación a la inversión extranjera y a la búsqueda de mercados exteriores se ha creado el contexto fáctico para la aparición de la insolvencia transfronteriza, el régimen concursal cubano se mantiene inaplicable e inmutable y, por tanto, desprovisto de herramientas para solventar estos casos. El porqué del estado de la legislación en el tema no se halla en que sea inmune a estas situaciones, pues una nación volcada al desarrollo de relaciones comerciales internacionales, tal y como se plasma en los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido Comunista de Cuba⁶, no está exenta de enfrentar resultados negativos en la actividad empresarial y de ser, como tal, víctima de la insolvencia internacional.

Ante las premisas de configuración de estos supuestos, el régimen legal debe reaccionar y prever los mecanismos que permitan solventar este conflicto para resguardar los intereses de todas las partes interesadas, incluido el deudor. Estas prescripciones serían muy beneficiosas para las relaciones comerciales cubanas, pues la «inseguridad en cuanto a la forma de gestionar un eventual caso de insolvencia, obstaculiza el flujo de capitales y acaba con el incentivo a la inversión extranjera»

227

LA NECESIDAD DE
ACTUALIZACIÓN Y
PERFECCIONAMIENTO
DE LA REGULACIÓN
DE LA INSOLVENCIA
TRANSFRONTERIZA
EN CUBATHE NEED TO
UPDATE AND
IMPROVE THE
REGULATION OF
CROSS BORDER
INSOLVENCY
IN CUBA

3 La Organización de las Naciones Unidas (ONU), en vista a alcanzar la armonización del derecho mercantil internacional, creó en diciembre de 1966 —y a través de la Resolución 2205— la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi, por sus siglas en castellano; o Uncitral, por sus siglas en inglés).

4 International Association of Insolvency Practitioners, según la denominación en inglés.

5 Para consultar el listado de las naciones que han promulgado normativas basadas en los pronunciamientos referidos, ver Cnudmi (2021).

6 Confróntese con lineamientos 78, 79, 80 y 81 de la Política Económica y Social para el período 2016-2021, aprobados por el III Pleno del Comité Central del Partido Comunista de Cuba el 18 de mayo de 2017 y respaldados por la Asamblea Nacional del Poder Popular el 1 de junio de 2017. Es necesario referenciar que el 18 de abril de 2021 fue aprobada por los delegados al Octavo Congreso del Partido Comunista de Cuba la *Resolución sobre el Estado de la Implementación de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución desde el Sexto Congreso hasta la fecha y la Actualización de estos para el período 2021-2026*, en la que se recomienda presentar los lineamientos actualizados a la Asamblea Nacional del Poder Popular para obtener su respaldo.

(González & Pessoa de Oliveira, 2013, p. 51); y, además, viabilizarían la protección y optimización de los bienes del insolvente, así como la preservación de las empresas en dificultades económicas, con su respectivo impacto en la conservación de empleos y en la salvaguarda del capital invertido.

En un contexto de promoción de la inversión extranjera y de búsqueda de posicionamiento de las empresas cubanas en mercados exteriores, qué mejor mecanismo para lograr la atracción de capital foráneo y la fiabilidad crediticia de estas que instaurar un eficaz régimen concursal que acabe con la incertidumbre de cómo se administrará una situación de crisis patrimonial que trascienda las fronteras de un Estado. Lo anterior motivó el desarrollo de este artículo, el que parte de la insuficiente regulación de la insolvencia transfronteriza en Cuba, lo que incide negativamente en la resolución de conflictos concursales transnacionales.

Este tema, aunque ha despertado el interés investigativo de juristas de otras latitudes, carece de un estudio que lo analice a la luz de la realidad jurídica cubana. Los trabajos más afines⁷ abordan solo la evolución y actual regulación en la nación de los procedimientos concursales, sin llegar a analizar las particularidades de la insolvencia internacional, por lo que se pretende fundamentar, a partir de un análisis teórico y doctrinal, la necesidad de actualización y perfeccionamiento de la regulación de la insolvencia transfronteriza en Cuba en el ámbito del derecho interno e internacional convencional.

Con este propósito, el presente artículo inicia con un acercamiento a la definición del fenómeno y a las teorías que pretenden solucionarlo. En un segundo momento, se abordan los principales instrumentos internacionales en la materia para evidenciar los esfuerzos en pos de homogenizar la forma de resolver estas situaciones en los ordenamientos jurídicos de diferentes naciones. Por último, se analiza el tratamiento que la insolvencia transfronteriza recibe en la legislación cubana, y se expone la necesidad de su actualización y perfeccionamiento.

Ahora que diversas empresas han sido golpeadas por la crisis económica provocada por la pandemia de SARS-CoV-2, el estudio de este tema se torna esencial pues, en un contexto que amenaza con una ola de quiebras, resulta indispensable reforzar las normativas internas para que puedan hacer frente al concurso con repercusión transnacional.

7 Entre ellos, es posible citar la obra de Cañizares (2012), Góngora García (2010), y Martínez y Baeza (2016).

II. LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA: DEFINICIÓN Y TEORÍAS DE RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO

Con el término «insolvencia» se identifica la situación de crisis en la que se encuentra un empresario que no puede saldar las deudas adquiridas, ya sea por incapacidad de pago inminente o por insuficiencia patrimonial. Una concepción amplia de este concepto no se circunscribe a la imposibilidad del deudor de hacer frente a las exigencias de todos sus acreedores, sino que incluye los procedimientos que se reconocen en las diferentes legislaciones —quiebra y suspensión de pagos⁸— para hacer frente a la insolvencia empresarial.

Ahora bien, cuando la insolvencia se califica como transfronteriza, ello significa que en este tipo de procedimiento existen intereses situados en varios territorios. Según la Cnudmi, para que más de una nación se vea inmersa en un conflicto de esta naturaleza, deben concurrir dos elementos claves: «a) que se curse un procedimiento de insolvencia de acuerdo con las reglas internas de cada país; y b) que se dé alguno de los criterios de presencia de bienes en más de un Estado y/o de acreedores que no sean ciudadanos del Estado donde se adelanta un procedimiento de insolvencia» (Wilches, 2009, p. 167). De manera que el concurso con repercusión transnacional se manifiesta cuando, iniciado un procedimiento de insolvencia, hay acreedores extranjeros o los bienes del deudor se encuentran ubicados en distintos países.

Con el desarrollo experimentado por el comercio en los últimos años, en el que las empresas han ampliado sus mercados y adquirido bienes y acreedores fuera de su territorio original, no es extraño que una situación de insolvencia involucre intereses situados en varias naciones; no obstante, las diversas formas de tratar este fenómeno en los ordenamientos jurídicos evidencian la complejidad del fenómeno. Lo anterior llevó a Carbonell (2017) a afirmar que cuando la insolvencia se convierte en transfronteriza se agrega un problema adicional, el cual consiste en que «cada Estado tiene un marco jurídico distinto, lo que provoca la desigualdad de conceptos en la forma de concebirla» (p. 131).

Esta realidad ha desencadenado la búsqueda de mecanismos para unificar la regulación en la materia y con este propósito se han adoptado convenios internacionales, los que responden a la necesidad de normar «este fenómeno ya no de manera interna, como tradicionalmente se hacía, sino involucrando la cooperación de diferentes Estados, bien sea en el ámbito de las integraciones regionales, tratados bilaterales o

8 La suspensión de pagos es el procedimiento judicial que se da en supuestos de insuficiencia patrimonial transitoria y persigue celebrar con los acreedores un acuerdo de quita y espera en los pagos que permita la continuidad de la empresa; mientras que la quiebra es un procedimiento que, ante la imposibilidad definitiva de saldar todas las deudas, se dirige a liquidar el patrimonio del insolvente para repartirlo entre los acreedores. Para profundizar en estos conceptos, ver Uría (1997, pp. 1016 y ss.), y Martínez y Baeza (2016, pp. 71-72).

multilaterales, o por medio de la intervención de organizaciones, como es el caso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional» (Vásquez & Posada, 2012, p. 153).

Antes de analizar los instrumentos internacionales suscritos sobre el tema, conviene referenciar que se han esbozado tres teorías para determinar el modo de resolver el conflicto: universalidad, territorialidad, y universalidad cualificada o moderada. La primera de estas concepciones, la de la universalidad, defiende que solo un tribunal será competente para conocer las cuestiones relacionadas con la insolvencia de un deudor, y que sus decisiones repercutirán en todos los Estados en los que existan bienes de este y vincularán a la totalidad de los acreedores sin importar de qué nación procedan, por lo que propugna la extraterritorialidad de la insolvencia y la existencia de un único foro que centralice el proceso.

Bajo este sistema, los bienes de un deudor insolvente ubicados en otro país deben ser puestos a disposición de las autoridades de la jurisdicción en la que se sigue el procedimiento de insolvencia, y los acreedores extranjeros deben acudir al tribunal concursal a verificar sus créditos en las mismas condiciones que los acreedores domésticos. Esta teoría, aunque es fiel defensora de los principios de igualdad, universalidad y colectividad que rigen en los procedimientos concursales⁹, tiene como inconveniente que no muchos países están dispuestos a aceptar las decisiones de un juez extranjero que afectan a sus ciudadanos o a bienes que se encuentran en su territorio.

En un sentido opuesto, la teoría de la territorialidad tiene como base el principio de soberanía y, como tal, propugna que «las facultades del tribunal concursal se restringen a los bienes existentes y actos realizados por el deudor dentro de las fronteras del país en que dicho procedimiento fue abierto» (Araya, 2005, p. 122). Con el argumento de que la insolvencia concierne únicamente a la nación en la que existen bienes del deudor y de que cada Estado debe poseer autonomía para resolver estos conflictos, se aboga por la tramitación de tantos procesos de insolvencia como bienes o deudas posea el empresario en distintos países.

De esta forma, se defiende la actuación independiente de múltiples foros concursales sobre un mismo supuesto de insolvencia, cada uno con sus propios jueces, normas y procedimientos (Wilches, 2009, p. 169). Esta concepción, aunque es la que históricamente ha imperado en las

9 El principio de universalidad proclama que es indispensable vincular todos los bienes del deudor al procedimiento de insolvencia. Otro de los principios, el de colectividad, reconoce que la totalidad de los acreedores deben comparecer a un mismo procedimiento, repudiando de esta manera que exista más de un proceso concursal y que se interpongan procesos ejecutivos individuales contra el deudor que favorezcan a unos acreedores en perjuicio de otros. Y, por último, el principio de igualdad, como reflejo de la *máxima par conditio creditorum*, indica que, sin perjuicio de la prelación legal de crédito, a todos los acreedores se les debe otorgar las mismas prerrogativas dentro del proceso.

legislaciones de las diferentes naciones, no tiene cabida en un mundo globalizado, donde tener bienes y acreedores en diversos Estados es una situación habitual cuya solución no radica en tramitar procedimientos concursales de manera independiente.

Como una posición intermedia surgió la teoría de la universalidad cualificada o moderada, la que ha posibilitado que, como mecanismo idóneo para remediar la insolvencia transfronteriza, no se hable de territorialidad ni de universalidad, sino de cooperación internacional, la cual presupone un foro central conformado por un procedimiento de insolvencia principal y otros secundarios o auxiliares que, sobre la misma cuestión, se lleven a cabo en diferentes jurisdicciones. Según esta tesis, será competente para conocer del proceso de insolvencia principal el juez del asiento fundamental de los negocios del deudor, el que se encargará de coordinar las acciones de los procedimientos auxiliares.

En criterio de la autora, esta doctrina es una buena opción para solventar el concurso con repercusión transnacional porque incentiva la cooperación entre Estados en aras de lograr la satisfacción de las deudas, tanto de los acreedores nacionales como extranjeros, y la inclusión en el proceso de todos los bienes que en cualquier parte del mundo posea el deudor insolvente. La posición ecléctica que ofrece esta teoría soluciona los conflictos suscitados por las concepciones de universalidad y territorialidad, por lo que no es extraño que esta sea la postura acogida en los últimos tratados internacionales que se han aprobado sobre el tema, incluyendo la Ley Modelo de la Cnudmi sobre insolvencia transfronteriza, y que se prefiera en la resolución de la problemática objeto de esta investigación.

III. UNA MIRADA A LA REGULACIÓN DE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

El llamado a lograr un régimen sobre la insolvencia transnacional que proteja los intereses de las partes involucradas, entiéndase acreedores y deudor, y elimine los obstáculos que las disparidades existentes entre las leyes nacionales imponen a la resolución de este asunto, se proyectó desde el Convenio de Estambul de 1990 y las Conferencias de La Haya sobre Derecho Internacional Privado de 1900, 1904 y 1925. Sin embargo, el espíritu de armonización de esta regulación, según exponen Durán Prieto y Reinales Londoño (2003), tuvo como punto de partida «la figura de tratados bilaterales entre Estados con frontera común y con alto tráfico comercial, como el franco-belga de 1899 o el

231

LA NECESIDAD DE
ACTUALIZACIÓN Y
PERFECCIONAMIENTO
DE LA REGULACIÓN
DE LA INSOLVENCIA
TRANSFRONTERIZA
EN CUBA

THE NEED TO
UPDATE AND
IMPROVE THE
REGULATION OF
CROSS BORDER
INSOLVENCY
IN CUBA

belga-holandés de 1925¹⁰, que ampliaron luego su espectro a tratados multilaterales, como los Tratados de Montevideo de 1889» (p. 73).

Dentro de los tratados multilaterales firmados sobre el tema en ámbitos distintos al latinoamericano se pueden citar la Convención Nórdica sobre Quiebras, suscrita en 1933 y de la que son miembros Dinamarca, Islandia, Noruega, Finlandia y Suecia; y el Reglamento 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia, que sustituyera al 1346 del año 2000 y que se halla vigente en toda la Unión Europea, con excepción de Dinamarca, desde el 26 de junio de 2017¹¹.

América Latina, a pesar de ser un ámbito en el que se comparten características culturales y étnicas, no cuenta con una legislación que unifique las normativas comerciales y el tratamiento de la insolvencia transnacional en todos los países de la región. En la historia de este continente los documentos multilaterales que han abordado este tema son el Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Internacional de 1889, el Código de Bustamante o Código de Derecho Internacional Privado de 1928, y los Tratados de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre Internacional y de Derecho Procesal Internacional de 1940.

El Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Internacional de 1889 se adoptó en el Primer Congreso Internacional Sudamericano de Derecho internacional privado¹², lo firmaron Argentina, Bolivia, Perú, Paraguay y Uruguay, y Colombia se adhirió a él. Por su parte, los Tratados de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre Internacional y de Derecho Procesal Internacional de 1940 nacieron en el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado¹³ y fueron ratificados por Argentina, Paraguay y Uruguay.

Si bien dichos tratados lograron instaurar un régimen común entre los Estados signatarios que facilitara la resolución de estos conflictos, en el momento en el que se suscribió el primero de estos convenios, a finales del siglo XIX, la solución de los procesos concursales —fenómeno que no era frecuente en aquella época— se enfocaba en la liquidación de la empresa y en distribuir los activos locales, dándole preferencia a los acreedores nacionales. Esa posición es imposible de respaldar en un contexto globalizado y de apertura económica en el que se clama

10 Otros tratados bilaterales suscritos sobre el tema son: el franco-italiano del 3 de junio de 1930, el franco-monaguesco del 13 de septiembre de 1930, el austro-belga del 16 de julio de 1969, el austro-italiano del 12 de julio de 1977 y el franco-austriaco del 17 del febrero de 1979.

11 Otros documentos que a nivel internacional abordan esta temática son: el proyecto sobre insolvencia transnacional del American Law Institute (ALI), que regula los casos de insolvencia internacional que se generan en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN); la Ley Modelo sobre cooperación en la insolvencia internacional y el Concordato de insolvencia transfronteriza, ambos de la International Bar Association (IBA); así como otros textos elaborados por la Insol y por la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África (Ohada).

12 Este congreso se realizó entre 1888 y 1889 en Montevideo, Uruguay.

13 Este congreso fue celebrado en Montevideo, Uruguay, en dos periodos: el primero desarrollado en julio y agosto de 1939, y el segundo en marzo de 1940.

por el reconocimiento de la igualdad entre acreedores. Además, no se debe olvidar que los Tratados de Montevideo, especialmente los de la segunda etapa, tienen vigencia espacial reducida pues muy pocos países los ratificaron, de ahí también su escasa relevancia en la praxis actual.

En otro sentido, el Código de Bustamante o Código de Derecho Internacional Privado de 1928 surgió en el seno de la Sexta Conferencia Panamericana, que se celebrara en La Habana en 1928; y, a pesar de que cuenta con más de nueve décadas, aún se mantiene en vigor, del todo o en parte, en quince¹⁴ países de Latinoamérica, pues fue firmado por Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Venezuela y Cuba. Algunos de estos países realizaron reservas sobre su contenido, pero estas no hacen referencia al capítulo de «la quiebra o concurso» que, dentro del Libro Cuarto, dedicado al derecho procesal internacional, se encarga de regular la insolvencia internacional.

El Código de Bustamante, en sus artículos 328 y 329, establece las reglas de competencia judicial internacional en materia de insolvencia transfronteriza, las que nos permiten identificar el tribunal autorizado para tramitar estos supuestos¹⁵. Esta disposición debe ser complementada con el artículo 414, en el que se estipula que existirá un único procedimiento concursal si el deudor no tiene más que un domicilio civil o mercantil. Se infiere así que la norma se aviene a la teoría de la universalidad y que, como tal, defiende la tramitación de un solo procedimiento en el lugar donde el deudor posea su domicilio; sin embargo, al admitir, en el artículo 415, que puedan haber tantos procedimientos concursales como establecimientos mercantiles enteramente separados económicamente tuviere el fallido en más de un Estado contratante, el Código se separa de la teoría de la universalidad para acercarse a la de la territorialidad.

Vásquez y Acevedo (2014), haciendo una interpretación de estos preceptos a favor de la teoría de universalidad, reconocen que este convenio solo admite la pluralidad de procesos de insolvencia en situaciones excepcionales, pues es poco común, en el contexto de empresas multinacionales, que un mismo deudor posea en diferentes naciones lo que el Código califica como establecimientos mercantiles enteramente separados económicamente (p. 13). Más allá de discutir si tal circunstancia se da con frecuencia o no, lo cierto es que la fórmula que adopta la norma para el tratamiento de la insolvencia acepta, en

14 Aunque veinte países latinoamericanos son signatarios del Código de Bustamante, cinco naciones no lo ratificaron: Argentina, Colombia, México, Paraguay y Uruguay.

15 De esta manera, se proclama que en los procesos concursales, cuando fuere voluntaria la presentación del deudor, será competente el juez del lugar de su domicilio; y cuando este fuere promovido por los acreedores, lo será el de cualquiera de los lugares que esté conociendo de la reclamación que los motiva, prefiriéndose, en caso de estar entre ellos, el del domicilio del deudor. Al respecto, ver Código de Bustamante (1928, p. 71).

determinadas situaciones, la existencia de uno o varios procedimientos. Es una posición que, a criterio de la autora, mezcla ambas teorías sin afiliarse enteramente a una ni a otra, y que podría provocar que se siguieran múltiples procedimientos concursales en diferentes Estados respecto a un mismo deudor, los que, al actuar de manera independiente, difícilmente lograrían el cumplimiento de la finalidad de un procedimiento concursal.

Con respecto al reconocimiento por parte de un Estado de los procesos de insolvencia celebrados en el extranjero, los artículos 416, 418, 421 y 422 del Código de Bustamante enuncian los efectos extraterritoriales que, sin mucho trámite local, poseen la declaración de incapacidad del quebrado, las facultades y funciones de los síndicos nombrados en uno de los Estados contratantes, el convenio entre los acreedores y el quebrado, y la rehabilitación de este último. En un sentido contrario, el artículo 417 proclama que el auto de declaratoria de quiebra o concurso dictado en uno de los Estados contratantes se debe ejecutar según la forma establecida en el Código para las resoluciones judiciales, por lo que, en este supuesto, se deben cumplir las condiciones generales requeridas por la normativa para la ejecución de sentencias extranjeras¹⁶, las que, al remitir a las formalidades exigidas por la legislación de cada país, hacen que en muchos casos sea necesario acudir al procedimiento de exequátur¹⁷.

Utilizar el exequátur para la ejecución de una resolución extranjera de insolvencia otorga inseguridad al crédito, pues agrega un trámite o procedimiento adicional que dilata el proceso y perjudica seriamente a los acreedores (Vásquez & Acevedo, 2014, p. 14). Este perjuicio se evidencia en la imposibilidad de recurrir a la aplicación de medidas preventivas para proteger el valor de los bienes del insolvente hasta que no se realice el trámite especial que le otorga eficacia procesal a la resolución extranjera por virtud de la cual poseen tal potestad.

Por otra parte, el artículo 420, en defensa del principio de derecho internacional privado *lex rei sitae*¹⁸, hace referencia a que las acciones y derechos reales estarán sujetos a la ley y a la competencia del juez del lugar donde los bienes se localicen. Este axioma, aunque responde a la necesidad de los diferentes Estados de controlar los patrimonios situados en su territorio, constituye una gran limitante en el ámbito

16 Ver el Título Décimo, «Ejecución de Sentencias dictadas por Tribunales Extranjeros», del Código de Bustamante (1928, p. 91).

17 El exequátur es un proceso o trámite especial mediante el cual se produce, a través del órgano o autoridad local que designe la ley territorial, la homologación de las sentencias extranjeras, equiparándolas a las nacionales y disponiendo su ejecución y cumplimiento. Confróntese con Dávalos *et al.* (2007, p. 195).

18 Principio al cual se acoge también el Código Civil cubano (1987) en su artículo 14.1 al proclamar que «Los actos jurídicos civiles relativos a bienes muebles e inmuebles y sus formalidades se rigen por la legislación del Estado en que están situados» (p. 3).

de la insolvencia transfronteriza, pues el juez que esté llevando un procedimiento concursal solo podrá, en principio, disponer de los bienes que se hallen en la nación.

Si respecto a la insolvencia transnacional se contrasta la normativa del Código de Bustamante con la de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, se constatará que en el primero, a diferencia de los segundos, no se separa la regulación de la quiebra de la del concurso civil, y no se le otorga preferencia a los acreedores locales para la satisfacción de su crédito por encima de los acreedores extranjeros, lo que sin dudas constituye una posición atinada que se fundamenta en la máxima *par conditio omnium creditorum*.

Independientemente de los aciertos y desaciertos de cada uno de estos instrumentos internacionales, lo cierto es que los Estados se verán imposibilitados de acudir a lo normado en un convenio internacional sobre concursos transfronterizos del que son signatarios si el otro sujeto con el que mantienen relaciones comerciales no forma parte del mismo. Por este motivo se aboga por reforzar el tratamiento interno que las diferentes naciones otorgan a este tema, independientemente de los esfuerzos que en la esfera internacional se concreten al respecto.

En base a esta realidad, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional elaboró el 30 de mayo de 1997 la Ley Modelo sobre la insolvencia transfronteriza, y la guía para su interpretación e incorporación al derecho interno de los Estados. Esta sistemática no tiene como propósito abordar aspectos sustantivos del régimen concursal, sino armonizar la manera de proceder ante procedimientos de insolvencia transnacional. Por tanto, sus regulaciones deben ser completadas por el derecho interno de cada nación para «determinar, entre otras cosas, los operadores jurídicos llamados a aplicarla, la denominación que han de recibir las diversas instituciones, los procedimientos concretos a los que debe aplicarse, así como aquellos exceptuados de su aplicación» (Esplugues, 2002, p. 19).

Si bien el respeto a la normativa de cada Estado y la flexibilidad en el tratamiento de un tema tan sensible para el desenvolvimiento económico de las naciones son elementos a favor de la meta de unificación perseguida por la Cnudmi, el sistema escogido —una Ley Modelo— se queda corto en la consecución de dicho propósito, pues este texto legislativo no es vinculante y opera solo como una recomendación a los Estados para que lo integren, con o sin modificaciones¹⁹, a su derecho interno. Se evidencia así el alcance limitado del documento que, a diferencia de

235

LA NECESIDAD DE
ACTUALIZACIÓN Y
PERFECCIONAMIENTO
DE LA REGULACIÓN
DE LA INSOLVENCIA
TRANSFRONTERIZA
EN CUBATHE NEED TO
UPDATE AND
IMPROVE THE
REGULATION OF
CROSS BORDER
INSOLVENCY
IN CUBA

19 La Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza señala que, al incorporarla a su derecho interno, todo Estado puede modificar o suprimir algunas de sus disposiciones. A continuación, admite que será menor el grado de armonización que si se hubiera recurrido al régimen de una convención; por ello, recomienda

los tratados o convenciones internacionales, no encierra la obligación de ser incorporado a los ordenamientos jurídicos nacionales y, por tanto, no llega a garantizar la uniformidad en el tratamiento de la insolvencia transfronteriza.

A pesar de lo anterior, la necesidad de alcanzar un régimen armónico en la materia, fundamentalmente en los momentos actuales en los que existe a nivel mundial una crisis financiera, ha hecho que, hasta marzo del 2021, cincuenta países hayan promulgado normas asentadas en los pronunciamientos de la Ley Modelo. Esta regulación ha trascendido incluso a la esfera comunitaria pues, aunque en este ámbito está vigente el Reglamento 2015/848, este solo es válido entre las naciones que componen la Unión Europea, por lo que no es posible acudir a sus soluciones cuando se suscita una situación de insolvencia que involucra a un Estado miembro con otro que no es parte de dicha comunidad.

Con respecto a la regulación de la Ley Modelo²⁰, no se puede dejar de advertir que, en términos generales, su objetivo es introducir en la legislación de los diferentes países ciertas reglas que viabilicen la resolución de la insolvencia transfronteriza. En este empeño, traza medidas dirigidas a lograr la coordinación de los procedimientos de insolvencia, el acceso de los representantes y acreedores foráneos a los tribunales nacionales, y el reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia. Así, esta normativa permite que los acreedores puedan reclamar los créditos que posean en cualquier Estado que haya incorporado la misma a su ordenamiento jurídico, y que el «representante extranjero»²¹ pueda comparecer directamente²² ante un tribunal nacional a solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia, de conformidad con el derecho interno o el reconocimiento del procedimiento extranjero²³ de insolvencia en el que fue nombrado.

De esta forma, el que administra un procedimiento de insolvencia puede actuar en otro país en calidad de representante extranjero y participar, una vez reconocido un proceso extranjero de insolvencia, en todo procedimiento nacional que se siga respecto al deudor. Para lograr lo anterior, se le otorga un acceso directo y rápido²⁴ a los tribunales foráneos

a los Estados que, al adoptarla, introduzcan el menor número posible de cambios (Cnudmi, 2013, pp. 27-28).

20 Esta normativa ha sido objeto de múltiples estudios. Al respecto, ver Rouillon (2000), González y Alda (2009), y González y Pessoa de Oliveira (2013).

21 La norma define al representante extranjero en el artículo 2, inciso d). Confróntese con Cnudmi (1997, p. 2).

22 En los artículos 9 al 12 de esta norma se consignan las disposiciones relacionadas con el derecho de acceso directo del representante de un procedimiento extranjero de insolvencia a los tribunales de la nación que adopte la Ley Modelo. Confróntese con Cnudmi (1997, p. 3).

23 La Ley Modelo, en su artículo 2, inciso a), define qué entiende por procedimiento extranjero. Confróntese con Cnudmi (1997, p. 3).

24 Es conveniente destacar que la Ley Modelo simplifica los requisitos de prueba para el reconocimiento de un procedimiento extranjero, en aras de que este sea concedido en el menor tiempo posible. Ver artículo 16.2 de la Cnudmi (1997, p. 4).

sin tener que acudir a trámites engorrosos y lentos, como la comisión rogatoria u otras vías diplomáticas que podrían retrasar el procedimiento y permitir la pérdida de los bienes del insolvente o de su valor.

Ahora bien, el trabajo de la Cnudmi en materia de insolvencia transfronteriza no concluyó en 1997 con la elaboración de la Ley Modelo y la guía para su incorporación al derecho interno e interpretación (2013), sino que se materializó además en la confección de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* en 2004²⁵, la *Guía de Prácticas sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza* (2009), la Ley Modelo de la Cnudmi sobre la insolvencia transfronteriza: la perspectiva judicial (2011), y recientemente la Ley Modelo sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias relacionadas con casos de insolvencia con la respectiva guía para su incorporación al derecho interno (2018)²⁶.

De estas regulaciones, solo conviene destacar que la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* intenta erigirse como estándar legislativo en materia concursal y, con este fin, pretende servir de herramienta a los órganos de las diferentes naciones en la conformación de nuevas normas o en la revisión de las ya existentes para crear un régimen legal de la insolvencia que se acomode al marco jurídico y comercial de la nación en cuestión. A diferencia de la Ley Modelo de 1997, esta guía aborda el tema de la insolvencia en su plenitud y no solo en su vertiente transfronteriza; y, por tanto, no cubre los aspectos internacionales, sino que se limita a la dimensión interna de los concursos (González & Alda, 2009, p. 15).

V. EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA EN LA LEGISLACIÓN CUBANA. NECESIDAD DE ACTUALIZACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO

Para divisar cómo se aborda la insolvencia transnacional en la legislación cubana, hay que partir de la normativa de fuente externa: los tratados o convenciones internacionales. En este sentido, se pudo constatar que el único tratado multilateral firmado por la nación que contiene disposiciones sobre este asunto es el Código de Bustamante. Este no puede apreciarse como la solución a los problemas que suscita la materia porque los conflictos que previó ocho décadas atrás no son los que se presentan hoy en un contexto de globalización y de intercambio comercial; y, además, porque no todos los países que mantienen

25 La primera y segunda parte de esta guía legislativa datan del 25 de junio de 2004, mientras que la tercera parte, «Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia», es de 1 de julio de 2010, y la cuarta parte, «Obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia», de 2019 (2da edición).

26 La Cnudmi presentó además en 2019 una copia avanzada de la Ley Modelo sobre la insolvencia de grupos de empresas.

relaciones comerciales con Cuba son parte del mismo y algunos, incluso, han llegado a suscribir otros tratados internacionales.

La aplicabilidad de los preceptos del Código de Bustamante en materia de concurso transnacional tropieza también con la deficiente regulación de la insolvencia en sentido general en el derecho interno cubano, pues en la actual Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE)²⁷ se omite toda referencia a los procedimientos concursales. Si a esto se le agrega que en el país las disposiciones relativas a la suspensión de pagos se encuentran derogadas²⁸ y las reglas sustantivas de la quiebra, aunque perviven en el Código de Comercio²⁹, carecen de las pautas procedimentales para su materialización³⁰, se constatará que la legislación cubana se encuentra desprovista de las herramientas para enfrentar la insolvencia empresarial.

Esta situación es fruto de los cambios que acontecieron en Cuba en la construcción de una sociedad socialista. Luego del 1 de enero de 1959, en el país se redujo la economía privada, se estableció un sistema económico basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción y se marginaron las relaciones monetario-mercantiles en el funcionamiento económico por considerarlas un remanente del capitalismo. En un escenario marcado por la dirección centralmente planificada³¹ y la actuación casi absoluta de la empresa estatal, las entidades con pérdidas eran financiadas por el Estado³², por lo que la regulación de los procedimientos concursales quedó olvidada en un Código de Comercio que, si bien no ha sido derogado íntegramente por ninguna otra norma, autores como Cañizares (2012) han señalado que fue «abrogado materialmente por la historia, por su inaplicabilidad a las nuevas relaciones económicas que el proceso revolucionario generaba» (p. 27).

El estado de la regulación de la insolvencia en Cuba concuerda con el tratamiento que en determinados momentos se le ha otorgado a este tema en otros países socialistas. En este sentido, Del Castillo Sánchez (2020) plantea que «una de las críticas que tradicionalmente recibe

27 Ley N° 7 de 1977, modificada, entre otras normas, por el Decreto Ley N° 241 de 2006.

28 La ley del 24 de junio de 1911, norma reguladora de la suspensión de pagos, agotó su vigencia en 1974, cuando fue sustituida por los preceptos que al respecto instauró la Ley N° 1261 de Procedimiento Civil y Administrativo, la que fue derogada a su vez por la Ley N° 7 de 1977, actual LPCALE cubana.

29 El Código de Comercio español de 1885 comenzó a regir en Cuba a partir del 1 de mayo de 1886.

30 Al respecto, Góngora García (2010) alega que los referidos preceptos del Código de Comercio, al igual que toda normativa sustancial que pierde respaldo procesal, han quedado inutilizados materialmente debido a la nula viabilidad de sus designios (p. 96).

31 El Sistema de Dirección y Planificación de la Economía fue presentado, analizado y aprobado en el Primer Congreso del Partido Comunista de Cuba, celebrado en diciembre de 1975. Para profundizar al respecto, ver Villalón-Madrado (2011).

32 Esta realidad fue reconocida por Marino Murillo Jorge, jefe de la Comisión de Implementación y Desarrollo de los Lineamientos de la Política Económica y Social, cuando delineaba las directivas del Plan de la Economía cubana para 2014 y explicaba los cambios en las relaciones de las empresas con el presupuesto del Estado. Al respecto, ver Sánchez Serra (2013).

la empresa estatal en general y en particular la experiencia fallida del “socialismo real” se refiere al predominio de una “restricción presupuestaria blanda”, vinculada al papel paternalista que adopta el Estado ante las organizaciones empresariales» (p. 2).

Es una realidad que, en el socialismo, derivado de la confusión entre las funciones estatales y empresariales, se ha tratado de evitar por diversos medios la quiebra empresarial, por lo que las entidades estatales, aun siendo ineficientes, han recibido la ayuda del Estado para superar las crisis patrimoniales. Como muestra de esto, en China se creó en 1949 un «régimen fundado en la imposibilidad de que una empresa dentro del socialismo pudiera conducir o conducirse a la quiebra; no obstante, tal mito se rompió después de la reforma económica de 1978, cuando las empresas estatales se transformaron al asumir la responsabilidad exclusiva de sus propias ganancias y pérdidas» (Aguirrezábal *et al.*, 2011, p. 351). En el país asiático, la reforma estructural a la que fue sometida la empresa estatal, en la que se separaron las funciones estatales de las empresariales, condujo necesariamente a normar la quiebra empresarial.

En el caso de Cuba, aunque con la actualización del modelo económico que se iniciara en 2011 se reorientaron algunas políticas y se apostó por la descentralización, por conceder mayor autonomía a la empresa estatal socialista, y por reconocer e incentivar la actuación de formas de gestión no estatales, estas transformaciones no han repercutido en la regulación del ámbito concursal. Sin embargo, es imposible desconocer que los cambios suscitados en la sociedad cubana en los últimos años han sentado las bases para lograr este propósito. Lo anterior se sustenta en lo dispuesto en el lineamiento 10 de la política económica y social, en el que se plasmó la proyección de que «las empresas y cooperativas que muestren sostenidamente en sus balances financieros pérdidas, capital de trabajo insuficiente, que no puedan honrar con sus activos las obligaciones contraídas o que obtengan resultados negativos en auditorías financieras, se podrán transformar o serán sometidas a un proceso de liquidación, cumpliendo con lo que se establezca» (Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, 2017, p. 54).

En esta línea, en el artículo 26 de la nueva Constitución cubana, proclamada en 2019, se dispone que las entidades empresariales estatales «responden de las obligaciones contraídas con su patrimonio, en correspondencia con los límites que determine la ley» (p. 74)³³. A criterio de la autora, y en consonancia con lo expuesto por Moreno Cruz (2020), para implementar el referido pronunciamiento constitucional:

33 La norma precedente, la Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, instituía en el segundo párrafo de su artículo 17 que «las empresas y entidades respondían de sus obligaciones sólo con sus recursos financieros dentro de las limitaciones establecidas por la ley» (p. 7). Para profundizar en cómo el nuevo pronunciamiento constitucional significa, en contraste con su antecesor, un paso hacia la actualización de la regulación de la insolvencia en Cuba, ver Moreno (2020, p. 54).

LA NECESIDAD DE
ACTUALIZACIÓN Y
PERFECCIONAMIENTO
DE LA REGULACIÓN
DE LA INSOLVENCIA
TRANSFRONTERIZA
EN CUBA

THE NEED TO
UPDATE AND
IMPROVE THE
REGULATION OF
CROSS BORDER
INSOLVENCY
IN CUBA

será necesaria la aprobación de una normativa sobre insolvencia patrimonial, [...] la que actuará con singularidad para el caso de las entidades de privilegiado interés estatal, para las que deberán instrumentarse procedimientos administrativos que tiendan a salvarlas y conservarlas, pero no deberán ser una carga para el Estado aquellas que, de forma sostenida, sean ineficientes (p. 54).

Se remediarían así las diversas problemáticas que hoy se afrontan en la nación por el deficiente régimen concursal, las que han llegado incluso a atentar contra el cumplimiento efectivo de las resoluciones dictadas por las Salas de lo Económico de los Tribunales Provinciales Populares³⁴. Esta situación llevó al Tribunal Supremo Popular a aprobar en marzo de 2007 la Instrucción 185, la que fue sustituida en julio de ese año por la 185 BIS. Con esta Instrucción se trata de remediar algunas de las dificultades que surgen de un ineficiente marco regulador de la suspensión de pagos en Cuba³⁵; no obstante, los principales conflictos que en la materia se suscitan aún siguen sin respuesta.

En un contexto diferente al que predominaba en los primeros años de la Revolución cubana³⁶, en el que se fomentan las relaciones comerciales con elementos extranjeros, la insolvencia puede adquirir carácter transnacional; no obstante, resulta notable la imposibilidad de tramitar en los tribunales cubanos los procedimientos de quiebra o suspensión de pagos, y de reconocer en esta instancia fallos concursales extranjeros porque, tal y como refrenda Góngora García (2010), no existen las vías para su materialización (p. 94).

Esta situación provoca que los representantes y acreedores, tanto nacionales como extranjeros, se vean impedidos de instar en Cuba la apertura de un procedimiento de insolvencia, o la ejecución de las declaraciones de quiebra o suspensión de pago dispuestas por tribunales extranjeros, debido a la ausencia de reglamentación sobre cómo

34 Los fundamentos que motivaron al Tribunal Supremo Popular a aprobar la Instrucción 185 BIS de 2007 partían de que, habiéndose dispuesto en los procesos ordinarios o ejecutivos la medida cautelar de embargo de cuenta bancaria, en ocasiones los recursos monetarios resultaban insuficientes para cubrir el monto de la deuda. En estos casos, y ante la imposibilidad de acudir al procedimiento de suspensión de pagos, la referida cuenta permanecía embargada por tiempo indeterminado, lo que llevaba a la paralización de las operaciones del sujeto en cuestión y a la imposibilidad de este de generar ingresos con los cuales dar cumplimiento al pago dispuesto por resolución judicial. Ver Instrucción 185 BIS de 2007 del Tribunal Supremo Popular.

35 Intención que se plasma claramente en su 7mo Por Cuanto al proclamar que pretende instruir lo concerniente a la práctica jurisdiccional a fin de que las Salas de lo Económico de los Tribunales Provinciales Populares puedan «disponer las medidas conducentes a asegurar el cumplimiento efectivo de sus resoluciones, hasta tanto se dicten las pautas concernientes a la insolvencia temporal de las entidades económicas, por los órganos u organismos a los que corresponda su regulación» (Instrucción 185 BIS, 2007, p. 2).

36 Con el propósito de impulsar el proceso de apertura económica y lograr la inserción del país en el mercado mundial, en 1992 se reformó la Constitución de 1976 para concebir la propiedad del Estado solo sobre los medios fundamentales de producción, reconocer otras formas de propiedad pertenecientes al sector privado (como la de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas), y suprimir el monopolio estatal sobre el comercio exterior.

241

LA NECESIDAD DE
ACTUALIZACIÓN Y
PERFECCIONAMIENTO
DE LA REGULACIÓN
DE LA INSOLVENCIA
TRANSFRONTERIZA
EN CUBATHE NEED TO
UPDATE AND
IMPROVE THE
REGULATION OF
CROSS BORDER
INSOLVENCY
IN CUBA

proceder al respecto. Se rodea así de incertidumbre la satisfacción de los créditos en este Estado, pues la misma puede afectarse si acreedores más diligentes o mejor informados se dirigen individualmente contra el patrimonio del insolvente. De esa forma, aquellos acreedores que no se mantengan al tanto del estado financiero de sus deudores domiciliados en el país en cuestión pueden ver sus intereses seriamente dañados ante la imposibilidad de acudir a procedimientos colectivos que, en defensa del principio *par conditio creditorum*, paralicen las ejecuciones particulares sobre los bienes del deudor.

La legislación cubana tampoco les otorga a los acreedores los mecanismos para satisfacer su crédito cuando los bienes del deudor insolvente se encuentran ubicados en otro Estado. Para constatar lo anterior, basta apreciar que aun cuando estos bienes estuvieran situados en una nación signataria del Código de Bustamante, los acreedores no pueden hacer uso del precepto que en este cuerpo legal reconoce los «efectos extraterritoriales de la declaratoria de incapacidad del concursado», pues en el país se carece del procedimiento para que tal estado sea decretado.

No tienen tampoco la opción de acudir a los tribunales cubanos para conseguir en cualquier otro procedimiento una resolución judicial cuyo cumplimiento en el extranjero pueda ser instado a través de los mecanismos establecidos en el derecho internacional porque la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (1977) estipula en su artículo 2.3 que corresponde a la jurisdicción cubana conocer de las cuestiones «que se susciten entre personas naturales o jurídicas extranjeras con representación o domicilio en el país, siempre que la litis no verse sobre bienes situados fuera de Cuba» (p.1).

De manera que la LPCALE cubana no contiene un mecanismo que le permita a los acreedores acceder, para satisfacer las obligaciones pendientes, a los activos del deudor insolvente que se ubiquen en otro Estado. Esta situación dificulta la satisfacción de la totalidad de los créditos y abre la puerta a posibles actuaciones fraudulentas por parte de los deudores insolventes, los que «gracias a la interconexión mundial y a la facilidad de desplazamiento electrónico de capitales, pueden velozmente ocultar o transferir activos a otras jurisdicciones» (Rouillon, 2000, p. 9), y esquivar así el cumplimiento de sus obligaciones.

A criterio de la autora, urge llenar el vacío que en el ordenamiento cubano existe con respecto a este tema, lo que respondería a las actuales condiciones que imperan en la nación y protegería los intereses de todos los actores económicos, ya sean de naturaleza estatal, mixta, privada o cooperativa. Se favorecería también el proceso de atracción del capital extranjero, pues el establecimiento de mecanismos para solventar la insolvencia transnacional ayuda a afianzar la previsibilidad y la seguridad jurídica, ambos valores indispensables a la hora de calificar el riesgo

de inversión en el país³⁷. Tal es así que la *Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza* (2013) estipula que el hecho de no prever cómo se administrará una situación de insolvencia transfronteriza puede obstaculizar el flujo de capitales y desincentivar la inversión foránea, mientras que la presencia en el derecho interno de un Estado de mecanismos que permitan coordinar la administración de este tipo de insolvencia es considerada como un factor favorable para las inversiones u operaciones comerciales que se realicen en esa nación (pp. 23-24).

A tono con lo estipulado en la citada guía, Rouillon (2000) reconoce que el establecimiento de reglas claras y no discriminatorias para el tratamiento de este tipo de situaciones es uno de los factores que debería incidir directamente en la disminución de la tasa de riesgo del país. Y, para reforzar lo anterior, destaca que México, uno de los llamados países «emergentes», alcanzó en el año 2000 el grado de inversión (*investment grade*)³⁸ y, casualidad o no, esa nación puso en vigor ese año su nueva Ley de Concursos Mercantiles, en la cual se adopta íntegramente, y casi sin modificaciones, la Ley Modelo de la Cnudmi (p. 9).

Actualmente, Cuba se encuentra en el *rating*³⁹ Caa2, según la agencia de calificación de riesgo Moody's, valoración que lo estima como un Estado de «riesgo sustancial» de impago. Esta apreciación atenta contra los propósitos del país de fomentar la participación del capital extranjero como complemento del esfuerzo del inversionista nacional, y afecta los resultados de las medidas tomadas para atraer el establecimiento del inversionista foráneo en la nación, dibujando un clima favorable de seguridad y protección a los negocios. Vale aclarar que, aunque para otorgar la citada calificación se valoran disímiles circunstancias, entre los factores de riesgo a tener en cuenta está el sistema legal y regulatorio, en el que la ausencia de un régimen seguro y predecible para el tratamiento de la insolvencia supone inevitablemente un peligro para la satisfacción de los créditos de los inversionistas extranjeros.

A consideración de esta autora, regular los procedimientos concursales no solo sería uno de los factores a tener en cuenta para disminuir la calificación de riesgo de la nación, sino que favorecería los intereses de los diversos actores económicos y ayudaría, además, a darle cumplimiento

37 Existen agencias como Moody's, Standard & Poor's (S&P) y Fitch que, a través de un sistema alfabético que varía de acuerdo a la agencia, se dedican a calificar el riesgo de un país en aras de indicar a aquellos que deseen invertir en un producto financiero ubicado en una nación el riesgo que corren por hacerlo en determinado momento.

38 En estos momentos, México se encuentra en el Baa1, según la agencia Moody's, calificación que lo define como un país de grado medio inferior de seguridad al inversionista.

39 El *rating* o calificación de la deuda persigue medir la capacidad de una nación, Gobierno o empresa para solventar su deuda, por lo que tiene como fin delimitar el riesgo que supone invertir en alguno de estos. Mientras mayor sea el riesgo de inversión, peor será la calificación otorgada, pues existen más probabilidades de impago.

al Lineamiento 62 de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución para el período 2016-2021 (2017), que plantea la necesidad de «consolidar la credibilidad del país en sus relaciones económicas internacionales mediante el estricto cumplimiento de los compromisos contraídos» (p.12).

Ahora bien, para llenar el vacío que sobre el concurso con elementos extranjeros existe en la legislación cubana, hay que partir de elaborar una sólida y eficaz normativa concursal que logre, a través de los procedimientos de quiebra y de suspensión de pagos, y del respeto de los principios de universalidad, colectividad e igualdad, sustituir las acciones individuales de los acreedores contra el deudor por una acción conjunta o colectiva que se dirija a la satisfacción del crédito y a la preservación de la empresa, cuando las condiciones de la misma lo permitan.

La promulgación de tal sistemática, según dicta la singularidad de la materia, podría hacerse mediante una ley especial cuya conformación tuviera en cuenta los antecedentes jurídicos de estas instituciones en Cuba, las soluciones que ofrece el derecho comparado y los pronunciamientos de la guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia⁴⁰ que presentara la Cnudmi y que recoge la más actualizada práctica y doctrina internacional sobre el tema.

El llamado a la regulación en la legislación cubana de los procedimientos concursales, aunque es el primer paso, no es la solución a los problemas que suscita la insolvencia transnacional, pues para estos se requiere —además de la ordenación general— reglas que permitan el reconocimiento de los procedimientos extranjeros de insolvencia, el acceso a los tribunales cubanos de los acreedores y representantes de procedimientos de insolvencia extranjeros, la asistencia a los procedimientos foráneos, y la cooperación internacional entre jueces concursales cubanos y extranjeros en la resolución de estos asuntos.

Para implementar estas reglas existen dos opciones: o se suscriben nuevos tratados internacionales que contengan pautas para solventar los conflictos derivados de la insolvencia transnacional, o se incorporan disposiciones de este tipo a la legislación interna. Estas alternativas, tal y como señala Rouillon (2000), no son excluyentes; por el contrario, «son distintas, tienen diferentes ventajas e inconvenientes [...], pero pueden abordarse de manera simultánea sin que la mejora obtenida en una vía cierre el paso a los esfuerzos que puedan hacerse en la otra» (p. 2).

40 Esta guía ofrece al legislador una serie de recomendaciones legislativas para promulgar una normativa concursal y la posibilidad de excluir a determinadas entidades, como los bancos, las compañías de seguros, las empresas de servicios públicos, etc., de los procedimientos de liquidación y de reorganización previstos para este tipo de situaciones. De modo que si el Estado cubano tuviera en cuenta tales pronunciamientos para formular su régimen concursal, podría incluso sustraer de este tipo de proceso a determinadas entidades, imprescindibles para el desarrollo de la economía nacional.

Si bien sería beneficioso adoptar un nuevo tratado internacional que contenga disposiciones sobre la temática en el ámbito regional o con los principales socios comerciales de Cuba, escoger este como único camino a transitar acarrea el inconveniente de que las medidas que se acojan en este espacio solo surtirán efecto entre los países implicados, dejando sin respuesta a aquellas situaciones de concurso transnacional que involucren a naciones ajenas al acuerdo internacional. De manera que, independientemente de los esfuerzos por concretar convenios internacionales en los que se estipule el modo de proceder ante supuestos de insolvencia transfronteriza, se debe reflejar este particular en la legislación concursal interna⁴¹.

A criterio de la autora, para regular el concurso con elemento extranjero en la normativa cubana, sería conveniente abrazar la teoría de la universalidad cualificada. De esa manera, cuando existan bienes o acreedores de un empresario insolvente en distintas naciones, no se reconocería como solución un único procedimiento, o varios, actuando de manera independiente; sino un foro principal y otros secundarios en los que prime la colaboración y coordinación entre los funcionarios concursales de diferentes jurisdicciones para solventar, en la medida de lo posible, los intereses de cada uno de estos procedimientos.

A los efectos de dotar al derecho interno cubano de reglas que posibiliten lo anterior, se propone que se tengan en cuenta los postulados de la Ley Modelo de la Cnudmi sobre insolvencia transfronteriza, pues esta norma otorga soluciones sencillas que permiten el acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales que tramiten un proceso de insolvencia, el reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia, la asistencia a dichos procedimientos y la cooperación internacional en la resolución de este tipo de casos.

Es indispensable señalar que lo propuesto no colisionaría con las particularidades que se acojan en la modernización del derecho concursal cubano, dirigidas a la salvaguarda de empresas de marcado interés estatal, pues la referida normativa prevé en el artículo 3 una excepción de orden público por medio de la cual un tribunal de la nación promulgante puede impedir la adopción de alguna medida en ella consignada, de contravenir esta su orden público. El artículo 1 también estipula la posibilidad de excluir de su esfera de acción a todas aquellas entidades que en el país en cuestión pudiesen estar sometidas a regímenes especiales de insolvencia. En un sentido similar, su artículo 6 reconoce que si existiera algún conflicto entre sus regulaciones y las de un

⁴¹ Los elementos a favor del reforzamiento de las disposiciones concursales internas parten de que esta opción exige menores esfuerzos y tiene un ámbito de validez mayor que la adopción de un acuerdo entre naciones, pues su debate y aprobación solo compete a las autoridades legislativas nacionales, y su aplicación no se restringe a un determinado número de países.

tratado internacional, predominarán las de este último, lo que evidencia la intención de la Cnudmi de resguardar las obligaciones internacionales de los Estados que decidan acoger sus preceptos y no tratar de imponer criterios a las naciones, sino darles la libertad de actualizar su normativa en la materia, respetando las peculiaridades e intereses de sus sistemas económicos y sociales.

Las disposiciones de la Ley Modelo sobre la insolvencia transfronteriza, aplicadas a la realidad cubana, defenderían la «igualdad» como principio concursal y responderían al reclamo de la Cnudmi por la armonización de las legislaciones nacionales en la materia. Además, otorgarían mayor seguridad jurídica al comercio y las inversiones, concederían certeza de satisfacción del crédito y de que no habrá espacio para la defraudación internacional, y posibilitarían la reorganización de empresas en dificultades financieras y la preservación de empleos. De modo que, ante la urgencia de modernizar el régimen de insolvencia en Cuba, el legislador debería tener en cuenta esta normativa «porque por estas cuestiones, pasa el derecho concursal internacional del tercer milenio» (Rouillon, 2000, p. 2).

VI. CONCLUSIONES

Las relaciones comerciales entre empresarios de diferentes naciones son el marco propicio para el surgimiento de la insolvencia transfronteriza, la situación de crisis patrimonial en la que existen bienes o acreedores en diferentes Estados. Los intentos por definir cómo se solucionaría este conflicto han llevado a esgrimir tres teorías: la primera, defiende la existencia de un único procedimiento (universalidad); la segunda, la de varios procedimientos independientes (territorialidad); y la tercera, la de un foro principal y otros secundarios trabajando en estrecho vínculo para la resolución de este asunto (universalidad moderada).

A nivel internacional se han adoptado diversos tratados internacionales sobre la materia, entre los que cabe citar la Convención Nórdica sobre Quiebras, el Reglamento 2015/848 de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia, los Tratados de Montevideo de 1889 y 1928, y el Código de Bustamante; sin embargo, la normativa paradigmática en el tema es la Ley Modelo de la Cnudmi sobre insolvencia transfronteriza, cuyo texto, aunque no es vinculante, ha sido incorporado al derecho interno de cincuenta naciones.

A pesar de que Cuba es signataria del Código de Bustamante, en dicha nación las principales problemáticas que plantea la insolvencia transfronteriza quedan sin respuesta, principalmente por la deficiente regulación concursal interna. En base a esta realidad, se propone elaborar una normativa que logre, a través de los procedimientos de

245

LA NECESIDAD DE
ACTUALIZACIÓN Y
PERFECCIONAMIENTO
DE LA REGULACIÓN
DE LA INSOLVENCIA
TRANSFRONTERIZA
EN CUBA

THE NEED TO
UPDATE AND
IMPROVE THE
REGULATION OF
CROSS BORDER
INSOLVENCY
IN CUBA

quiebra y suspensión de pagos, sustituir las acciones individuales de los acreedores contra el deudor por una acción conjunta o colectiva que se dirija a la satisfacción del crédito y a la preservación de la empresa.

Se aboga, además, independientemente de los esfuerzos por suscribir nuevos tratados internacionales que contengan disposiciones sobre cómo manejar el concurso transnacional, por incorporar la Ley Modelo de la Cnudmi sobre insolvencia transfronteriza al derecho cubano de fuente interna, en aras de permitir el acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales nacionales que tramiten un proceso de insolvencia, el reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia, la asistencia a dichos procedimientos y la cooperación internacional en la resolución de estos casos.

REFERENCIAS

Aguirrezábal Grünstein, M., Pérez Ragone, A., & Vargas Pave, M. (2011). Informe del XIV Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Procesal: el Justo Proceso en Examen (Procedural Justice). *Revista Ius et Praxis*, 17(2), 349-370. <https://doi.org/10.4067/s0718-00122011000200013>

Araya, T. (2005). Tendencias actuales sobre la insolvencia transfronteriza: una visión desde Argentina. *Advocatus*, 12(I), 119-145. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/2712/2614>

Cañizares Abeledo, D. F. (2012). *Derecho Comercial*. La Habana: Ciencias Sociales.

Carbonell O'Brien, E. (2017). La insolvencia transfronteriza. *Estudios de Derecho Empresario*, 10, 122-140. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/16699/16457>

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi). (2013). *Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza*. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-s.pdf>

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi). (2021). *Situación actual Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997)*. https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status

Dávalos Fernández, R., Peña Lorenzo, T., & Santibáñez Freire, M. C. (2007). *Derecho Internacional Privado, Parte Especial*. La Habana: Félix Varela.

Del Castillo Sánchez, L. (2020). El reconocimiento de los procesos de fusión, escisión y liquidación para la transformación de la empresa estatal socialista. *Cofin Habana*, 14(2). http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2073-60612020000200005&lng=es&tlng=es.

Durán Prieto, M. C., & Reinales Londoño, A. (2003). *Insolvencia transfronteriza* [tesis inédita para optar al título de abogado, Pontificia Universidad Javeriana]. Bogotá.

Esplugues Mota, C. A. (2002). Hacia la elaboración de un standard legislativo internacional en materia concursal. La propuesta de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia de la Comisión de Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI/UNCITRAL). *Derecho de los Negocios*, 13(146), 19-40. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=280057>

Góngora García, Y. (2010). La insolvencia patrimonial en la jurisdicción económica cubana. *Justicia y Derecho*, (15), 94-105.

González Pascual, J., & Alda García, M. (2009). Las Insolvencias Transfronterizas; papel de la UNCITRAL. En *XV Congreso AECA - Decidir en época de crisis: transparencia y responsabilidad* (pp. 1-22). http://www.aeca1.org/pub/on_line/comunicaciones_xvcongresoaecca/cd/61d.pdf

González Pascual, J., & Pessoa de Oliveira, A. K. (2013). El papel de la UNCITRAL (CNUDMI) en las insolvencias transfronterizas. *Panorama Socioeconómico*, 31(46), 41-57. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=39929212005>

Martínez-Montenegro, I., & Baeza-Leiva, M. A. (2016). Nuevos escenarios que ameritan la implementación de la quiebra en Cuba. *Entramado*, 12(2), 70-83. <https://doi.org/10.18041/entramado.2016v12n2.24235>

Moreno Cruz, M. (2020). La nueva Constitución económica. Repercusión en el actual ordenamiento jurídico cubano. *Universidad de La Habana*, (289), 44-70. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0253-92762020000100044&lng=es&tlng=es

Rouillon, A. (2000). Concursos con repercusión transnacional. La Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Insolvencia Transfronteriza. *Anales, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, 45(38). http://www.iiiglobal.org/sites/default/files/14-_repercussions.pdf

Sánchez Serra, O. (2013). *El desarrollo: la razón de ser de la Revolución*. Cubadebate. <http://www.cubadebate.cu/noticias/2013/07/08/el-desarrollo-la-razon-de-ser-de-la-revolucion/>

Uría Meruéndano, R. (1997). *Derecho Mercantil*. Madrid: Marcial Pons.

Vásquez Valencia, M. V., & Acevedo Prada, R. D. (2014). Análisis de la regulación sobre insolvencia transfronteriza en América Latina: Chile. *Justicia Juris*, 10(2), 9-16. <https://doi.org/10.15665/rj.v10i2.323>

Vásquez Valencia, M. V., & Ángel Posada, A. F. (2012). La insolvencia transfronteriza: generalidades de un fenómeno económico con impacto jurídico. *Criterio Jurídico*, 11(2), 145-164. <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/367>

Villalón-Madrado, K. M. (2011). La planificación y el modelo económico cubano. *Anuario Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, 1, 37-47. <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&>

LA NECESIDAD DE
ACTUALIZACIÓN Y
PERFECCIONAMIENTO
DE LA REGULACIÓN
DE LA INSOLVENCIA
TRANSFRONTERIZA
EN CUBA

THE NEED TO
UPDATE AND
IMPROVE THE
REGULATION OF
CROSS BORDER
INSOLVENCY
IN CUBA

uact=8&ved=2ahUKEwjz1YnQp7DwAhUFQjABHSV0BnwQFjABegQIAxAD&url=https%3A%2F%2Fanoarioeco.uo.edu.cu%2Findex.php%2Farchivo%2Farticle%2Fdownload%2F659%2F633&usq=AOvVaw1bQUA44fUtxj7lrYg4wlyY

Wilches Durán, R. E. (2009). La Insolvencia transfronteriza en el derecho colombiano. *Revista de Derecho*, (32), 162-198. <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n32/n32a08>

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Código Civil de la República de Cuba, Ley N° 59/1987 (Asamblea Nacional del Poder Popular, 15 de octubre de 1987). *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria N° 9.

Código de Bustamante, IV Conferencia Panamericana de la Habana (20 de febrero de 1928). <https://iberred.org/sites/default/files/Convencin-de-Derecho-Internacional-Privado-Cdigo-Bustamante2.pdf>

Constitución de la República de Cuba (Asamblea Nacional del Poder Popular, 24 de febrero de 1976). *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria N° 3, 31 de enero de 2003 (1976).

Constitución de la República de Cuba (Asamblea Nacional del Poder Popular, 10 de abril de 2019). *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria N° 5, 10 de abril de 2019x.

Instrucción N° 185-BIS (Tribunal Supremo Popular, 24 de agosto de 2007). *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Ordinaria N° 56.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de la República de Cuba, Ley N° 7/1977 (Asamblea Nacional del Poder Popular, 20 de agosto de 1977). *Gaceta Oficial de la República de Cuba*.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (Cnudmi, 1997). <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-s.pdf>

Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución para el período 2016-2021 (Partido Comunista de Cuba, 2017). <http://media.cubadebate.cu/wp-content/uploads/2017/07/PDF-321.pdf>

Recibido: 03/11/2020
Aprobado: 16/04/2021