

**UNIVERSIDAD LAICA "ELOY ALFARO" DE MANABI**

**CENTRO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO, INVESTIGACIÓN RELACIONES Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL (CEPRIC)**

**TESIS DE GRADO**



**PREVIA OBTENCIÓN DEL TÍTULO**

**MAGISTER  
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

**Tema**

**EFICACIA DE LA INSOLVENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL  
PRIVADO, VALIDEZ Y EJECUCIÓN DE LAS  
SENTENCIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

**AUTOR**

**DR. ORLY LEOPOLDO DELGADO GARCÍA**

**DIRECTOR TESIS  
DR. DILMER MEZA INTRIAGO PHD.**

**MANTA - ECUADOR**

2011

UNIVERSIDAD LAICA “ELOY ALFARO” DE MANABÍ CENTRO DE ESTUDIO  
DE POSTGRADO, INVESTIGACIÓN RELACIONES Y COOPERACIÓN  
INTERNACIONAL (CEPIRCI)

MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Los Honorables Miembros del Tribunal Examinador, aprueban el informe de investigación sobre el tema: “EFICACIA DE LA INSOLVENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, VALIDEZ Y EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”

*JURADO CALIFICADOR*

NOTA \_\_\_\_\_ EQUIVALENTE A \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
PRESIDENTE

\_\_\_\_\_  
MIEMBRO

\_\_\_\_\_  
MIEMBRO

\_\_\_\_\_  
MIEMBRO

\_\_\_\_\_  
DIRECTOR TESIS

*CERTIFICACIÓN DIRECCIÓN TESIS DE GRADO DE MAESTRÍA*

*CERTIFICO*

En mi calidad de Director de tesis realizada por el Dr. Orly Leopoldo Delgado García con el tema “EFICACIA DE LA INSOLVENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, VALIDEZ Y EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA” debo señalar que el profesional egresado de la maestría en Derecho Internacional Privado, ha culminado con el desarrollo del presente trabajo bajo mi dirección, cumpliendo con todos y cada uno de los requisitos previstos por el Centro de Estudios de Postgrado de la Universidad Laica “Eloy Alfaro” de Manabí, que se la revisó en varias sesiones, se le brindó la asesoría necesaria de forma frecuente hasta alcanzar los resultados finales del estudio de este documento.-

*DR. DILMER MEZA INTRIAGO PHD.*

*DIRECTOR DE TESIS DE MAESTRÍA*

*DERECHO DE AUTOR*

Doctor Orly Leopoldo Delgado García, manifiesto que, soy legítimo autor del presente estudio de Tesis, con el Tema “EFICACIA DE LA INSOLVENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, VALIDEZ Y EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA” Siendo la misma un trabajo Inédito y que fue elaborado bajo mi responsabilidad .-

*DR. ORLY DELGADO GARCÍA*

*MAESTRANTE*

*DECLARATORIA DE AUTOR*

Declaro que la presente Tesis con el Tema “EFICACIA DE LA INSOLVENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, VALIDEZ Y EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA” es un trabajo investigativo y desarrollado en su totalidad por el Doctor Orly Leopoldo Delgado García, bajo mi tutoría.

Dejo constancia también de que una vez aprobado el informe final y realizado la sustentación de este trabajo de investigación, doy por cumplida mi labor como Tutor de esta Tesis.-

*DR.DILMER MEZA INTRIAGO PHD.*

*TUTOR DE TESIS*

## RESPONSABILIDAD DE INFORME FINAL

Los resultados y conclusiones obtenidas en este trabajo de investigación, son de estricta responsabilidad y tiene como respaldo el derecho de autores reconocidos en la bibliografía correspondiente.-

*Dr. Dilmer Meza Intriago*

TUTOR DE TESIS

*Dr. Orly Delgado García*

MAESTRANTE

## AGRADECIMIENTO

Manifiesto mis más sinceros agradecimientos a todas las personas que colaboraron con esta investigación, a mi guía de tesis Dr. Dílmer Meza Intriago PHD. por aceptar el reto de dirigir mi tesis, al Dr. Medardo Mora Solórzano Rector de la Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí, por haber creído en mi persona y por todas la oportunidades brindadas en estos años, y en el potencial que tenemos los manabitas; y, por el empuje que siempre ha demostrado para alcanzar las grandes metas propuestas y propender al desarrollo y progreso, evidenciada en su gran labor de la educación y formación académica, y en la obra de la creación de nuestra Alma Mater; Por la apertura y todas las facilidades que me presto en la misma,

A la Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí, por darme la oportunidad de poder avanzar en mi formación académica y poder mirar con firmeza el futuro, brindándome los modernos conocimientos de las Ciencias Jurídicas. Al Doctor José Ulloa Almanza, un buen amigo que supo entender mis anhelos y apoyarme en los momentos difíciles, y a un grupo de amigos que no puedo nombrar a todos, los que estuvieron listos para apoyarme en todo momento y cuando más necesité del respaldo emocional, para continuar adelante, a todos ellos gracias.-

*DR. ORLY DELGADO GARCIA*

<i>RESUMEN</i>	<i>Pág.</i>
Portada	
Jurado calificador.....	2
Certificación Tesis de Grado.....	3
Derecho de Autor.....	4
Declaratoria de autor .....	5
Responsabilidad informe final.....	6
Agradecimiento.....	7
Resumen.....	8
Introducción.....	9
Introduction.....	14
Capítulo I	
Planteamiento del Problema.....	17
Contextualización Macro.....	18
Contextualización Meso.....	19
Contextualización Micro.....	20
Análisis crítico.....	21
Árbol de Problemas.....	23
Prognosis.....	24
Justificación.....	25
Delimitación, Factor Temporal y Espacial.....	28
Objetivos Generales y Específicos.....	29
CAPÍTULO II	
Naturaleza Jurídica de la Insolvencia.....	30
Insolvencia y Concurso.....	32
Definición de Términos de Insolvencia.....	33

De la Insolvencia.....	35
Del Síndico.....	37
Sistema de Derecho Internacional Privado de Fuente Interna.....	43
Código Civil.....	45
De la Suspensión de Pago.....	46
Cooperación Judicial Internacional en el Derecho Inter. de Fuente Interna.....	48
Cooperación Judicial Internacional como Objetivo de la Convención de la Haya.....	50
CAPÍTULO III	
El Derecho Internacional Privado su Relación con el Derecho de Fuente Interna.....	57
Semejanza Jurídica y la Unificación del Derecho Privado en América.....	58
Proceso de Codificación del Derecho Internacional Privado Americano.....	63
La O. E. A. en la Unificación con países del” Common Law”.....	67
América Latina y su esfuerzo por la Unificación en foros Internacionales.....	69
La Jurisdicción en Doctrina.....	72
Tipos de Jurisdicción.....	73
Litis Pendencia Internacional.....	75
Competencia Procesal Internacional.....	76
Estudio Analítico y Observación Jurídica Procesal.....	77
Convención Interamericana Sobre Eficacia Extraterritorial de la Sentencia.....	88
CAPÍTULO IV	
Regulación Jurídica de la Insolvencia Transfronteriza y el Derecho Internacional.....	92
Efecto de la declaración de Concurso o Quiebra en el Extranjero.....	94
Efecto en el extranjero de la declaratoria de Concurso o Quiebra Ecuador.....	95
Evaluación Reflexiva de la Norma en Materia de Insolvencia Internacional, Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado.....	99

Exploración Investigativa.....	102
Ámbito de Investigación.....	104
Análisis y definición de datos Cuadro No.- 1 .....	105
Cuadro No.- 2.....	106
Cuadro No.- 3.....	107
Cuadro No.- 4.....	108
Cuadro No.- 5.....	109
Contrastación de la Hipótesis.....	110
Operacionalización de Variables- Independiente.....	111
Operacionalización Variable dependiente.....	112
Metodología de la Investigación.....	114
Población Muestra.....	115
Recomendaciones.....	116
Conclusiones.....	122
Esquema Tentativo de Propuesta.....	124
Metodología.....	128
Estructura de la Gestión de Propuesta.....	129
Presupuesto y Recursos.....	130
Cronograma.....	132
Bibliografía.....	133
Anexo No.- 1.....	134
Anexo No.- 2.....	150
Anexo No.-3.....	152

## Introducción

En Ecuador, el tema de la insolvencia, los deudores y el consecuente derecho de los acreedores, ha estado regulado principal y tradicionalmente por el Código de Procedimiento Civil, desde la creación de nuestra legislación sin mayor modificación, pese a los múltiples cambios que se han dado a otras situaciones de orden político y económico, evidenciando que el sistema financiero nacional no le interesa establecer regulaciones claras para el efectivo ejercicio de las obligaciones contraídas.

Pero en la década de los noventa y principalmente en su última parte, la crisis económica cada vez más generalizada, dio lugar a la aparición de otras regulaciones espaciales, no excluyentes, contenidas en las llamadas Ley de Concurso Preventivo, dirigida a las compañías nacionales, y en las normas sobre reprogramación de pasivos, incluidas en la Ley para la Transformación Económica de Ecuador, con dedicatoria para los deudores del sistema financiero nacional.

El concurso de acreedores del Código de Procedimiento Civil, que sigue el mismo modelo de muchas legislaciones latinoamericanas, persigue sobre todo poner en igualdad de condiciones a todos los acreedores, salvo los privilegiados por la Ley, de manera que el producto de la realización de sus bienes se reparta en proporción al monto de sus créditos. Es pues, principalmente una medida protectora de los acreedores.

En el Ecuador, las garantías reales más frecuentemente utilizadas por los empresarios, y exigidas por los acreedores, principalmente en el sistema financiero, son las hipotecas y la prenda. Una hipoteca califica automáticamente a un crédito; una prenda, también, aunque por su valor generalmente está referida a créditos menores.

Los créditos son generalmente garantizados, pero dependiendo de su valor, pues los de monto reducido suelen ser quirografarios. Las garantías hipotecarias deben inscribirse

en el Registro de la Propiedad, y los prendarios en el Mercantil, salvo el caso de las prendas ordinarias sobre bienes que no sean automotores o maquinarias, que no requieren asiento registral. El proceso es eficiente, considerado principalmente la optimización de los trámites registrales que se viene operando en el país. La opción de ejecución es siempre judicial.

Las garantías personales más frecuentes son los avales y la fianza, que como queda anotado, están destinados a créditos de menor cuantía.

Un contrato de préstamo a mutuo, una letra de cambio o un pagaré, deben ejecutarse en caso de falta de pago por la vía judicial, salvo en el caso de los contratos en que no se ha previsto una vía o no han sido celebrados ante el juez o fedatario.

Un juicio ejecutivo, debe ventilarse normalmente en seis meses a un año, siempre y cuando sea atendido diligentemente por los abogados patrocinadores y no sea materia de incidentes procesales, en estos casos, el período puede duplicarse. El costo está en relación con la cuantía del documento en ejecución.

Como queda dicho, la liquidación de empresas insolventes está regulada por el Código de Procedimiento Civil. Como es obvio, el Código prevé un trámite judicial para dicho efecto, que se denomina concurso de acreedores. En cuanto a las empresas, entendiéndose por éstas a las personas jurídicas, el concurso es comercial y toma el nombre de quiebra, y tiene lugar en los casos de cesión de bienes o de insolvencia (por falta de dimisión de bienes en casos judiciales o por insuficiencia de la emisión) y por la presentación que haga el acreedor de una orden de pago judicial no satisfecha (mantenimiento de ejecución) y por cesación en el cumplimiento a tres o más personas diferentes.

Los empresarios no pueden realizar cesión de bienes, pero tienen la posibilidad de acogerse a la suspensión de pagos cuando sus deudas superen a sus bienes, según se regula en el Código de Comercio. Cuando el acreedor demanda la realización de un concurso, la ejecución se llama necesaria o forzosa. La gran generalidad de los casos, son de concursos forzosos iniciados por acreedores quirografarios. El Código de Procedimiento Civil regula íntegramente ese procedimiento.

Hecha la declaración judicial de que hay lugar a la formación de concurso, el fallido queda prohibido de administrar sus bienes que pasan al cuidado y administración de un síndico, designado por el juez de la causa entre los registrados para tal propósito en la Cortes distritales.

La renegociación o rehabilitación de una empresa insolvente debe realizarse a través del mismo procedimiento concursal, cuando han sido satisfechos todos los acreedores. Sin embargo, la Ley de Concurso Preventivo y las normas de reprogramación de pasivos prevén la anticipación de la “cesación de pagos” y la consecuente quiebra. En este caso, ese concurso es preventivo y persigue que el deudor y acreedores celebren un acuerdo o concordato sobre el tratamiento de las respectivas acreencias. Éste puede ser solicitado por el deudor o por cualquiera de sus acreedores.

Este procedimiento preventivo tiene prevalencia general en la actualidad. La ley aplicable es la mencionada anteriormente y el órgano de control, la Superintendencia de Compañías.

No cabe duda que la nueva legislación sobre el tratamiento de la insolvencia de las empresas y su rehabilitación, han venido a llenar un vacío hasta entonces existente. En efecto, el procedimiento concursal del Código de Procedimiento Civil es una forma de cobrar, su objetivo es proteger al acreedor.

La rehabilitación del empresario depende de su propia capacidad de pago; por lo tanto, el procedimiento no ha sido aplicado jamás como medio de rehabilitación, o reestructuración empresarial. Las nuevas leyes, en cambio, están concebidas para ese fin, sustentándose en la premisa de que un empresario o una empresa en actividad, es mejor para la economía en general que miles liquidadas mediante este proceso legal y menos aún cuando los dueños de las empresas o los comerciantes pretenden evitar la acción de la justicia trasladado estos bienes a otro lugar fuera del país, o con contratos que establecen medios de ejecución de las garantías de tipo intencional.

## Introduction

In Ecuador, the topic of the insolvency of the debtors and the consequent right of the creditors, it has been regulated main and traditionally for the Code of Civil Procedure, from the creation of our legislation without more modification in spite of the multiple changes that have been given to other situations of political and economic order evidencing that to the national financial system it doesn't interest him to establish clear regulations for the effective exercise of the obligations incurred.

But in the decade of the ninety and mainly in their last part, the more and more widespread economic crisis, gave place to the appearance of other space regulations, not excluding, contained in the calls Law of Preventive Competition, directed to the national companies, and in the norms it has more than enough rescheduling of passive, included in the Law for the Economic Transformation of Ecuador, with dedication for the debtors of the national financial system.

The creditor's meeting of the Code of Civil Procedure that the same model of many Latin American legislations continues, pursues mainly to put in equality of conditions to all the creditors, except for the privileged ones for the Law, so that the product of the realization of its goods is distributed in proportion to the amount of its credits. It is, because, mainly a measure protector of the creditors.

In Ecuador, the frequently most utilized real covenants of title for the managers, and demanded by the creditors, mainly in the financial system, they are the mortgages and the garments. A mortgage qualifies automatically to a credit; a garment, also, although for their value it is generally referred to smaller credits.

The credits are generally guaranteed, but depending on their value, because those of reduced amount are usually unsecured. The security on mortgages should register in the Registration of the Property, and the collateral ones, in the Mercantile one, except for the case of the ordinary garments on goods that are not self-driven or machineries that don't require seat registral. The process is efficient, considered mainly the

optimization of the steps you register them that one comes operating in the country. The execution option is always judicial.

The most frequent personal securities are the collateral signatures and the finances that, like it is logged, they are dedicated to credits of smaller quantity.

A loan agreement to mutual, a bill of exchange or a note, they should be executed in the event of payment lack by the judicial road, I save in the case of the contracts in that a road has not been foreseen or they have not been celebrated before the judge or fedatario.

An executory process should usually be ventilated in six months to one year, provided it is assisted diligently by the lawyers patrons and be not matter of procedural incidents, in these cases, the period can be duplicated. The cost is in connection with the quantity of the document in execution.

As it is this, the liquidation of insolvent companies is regulated by the Code of Civil Procedure. As it is obvious, the Code prevé a judicial step for this effect that is denominated creditor's meeting. As for the companies, understanding each other for these to the body corporates, the competition is commercial and he/she takes the crash name, and he/she takes place in the cases of general assignment in favor of creditors or of insolvency (for lack of resignation of goods in judicial cases or for inadequacy of the emission) and for the presentation that not makes the worthy of an order of judicial payment satisfied (execution maintenance) and for ceasing in the execution to three or more different people.

The managers cannot carry out general assignment in favor of creditors, but they have the possibility to be welcomed to the temporary receivership when their debts overcome to their goods, as it is regulated in the Code of Trade. When the creditor demands the realization of a competition, the execution he calls himself necessary or mandatory. The great generality of the cases, is of mandatory competitions begun by unsecured creditors. The Code of Civil Procedure regulates that procedure entirely.

Made the judicial declaration that there is place to the competition formation, the bankrupt one is forbidden of administering their he/she comes that they pass to the care and administration of a syndic designated by the judge of the cause among the stocks of record for such a purpose in the Courts distritales.

The renegotiation or rehabilitation of a company insolvent debit side to be carried out through the same bankrupt procedure, when all the creditors have been satisfied. However, the Law of Preventive Competition and the norms of rescheduling of passive prevén the anticipation of the "suspension of payments" and the consequent crash. In this case, that competition is preventive and it pursues that debtor and creditors celebrate an agreement or concordat on the treatment of the respective acreencias. This can be requested by the debtor or for anyone of their creditors.

This preventive procedure has general prevalencia at the present time. The law clause is previously the aforementioned one and the control organ, the Superintendence of Companies.

It doesn't fit doubt that the new legislation on the treatment of the insolvency of the companies and its rehabilitation has come to fill a hole until then existent. Indeed, the bankrupt procedure of the Code of Civil Procedure is a form of getting paid, its objective is to protect the creditor.

The manager's rehabilitation depends on its own payment capacity; therefore, the procedure has not never been applied like half, of rehabilitation or managerial restructuring. The new laws, on the other hand, they are conceived for that end, being sustained in the premise that a manager or a company in activity, are better for the economy in general that thousands liquidated by means of this legal process and less even when the owners of the companies or the merchants seek to avoid the action of the transferred justice these you come to another place outside of domestic or with contracts that establish means of execution of the covenants of title of intentional type.

# Capítulo I

## Planteamiento del Problema

Uno de los problemas que surge en el marco derecho internacional, es el reconocimiento de las normas de derecho internacional, en el orden público interno de cada país, en relación con la aplicación de fallos internacionales de acuerdo a las regulaciones de cada una de ellas.

Sería importante el hecho de que, la declaratoria de insolvencia tenga efecto extraterritorial, que pueda ejecutarse fuera de las fronteras donde ésta se dicta, y para ser más explícito que surta los efectos legales en el lugar donde reside el demandado, aunque sus bienes estén situados en un lugar distinto al de su domicilio, o que estos se encuentren ubicados en otro país.

A más de la posibilidad de la declaratoria de insolvencia, la importancia de que se aplique al insolvente los mismos impedimentos legales que influyen en la capacidad de ejercer sus derechos y obligaciones futuras.

En la legislación ecuatoriana, en especial en nuestro Código Civil Ecuatoriano, no existe norma expresa que regule o mencione la insolvencia, lo cual deja una marcada desventaja a los comerciantes y no comerciantes, convertidos en acreedores, cuando el obligado a cumplir parte o la totalidad del convenio, éste cae en la figura de la Insolvencia o la quiebra en su caso.

Éste es un tema muy complejo, cuando el hombre como ser viviente y cosmopolita ejerce sus derechos y obligaciones en diferentes lugares, sin mediar la jurisdicción y las normas de aplicación directa de cada estado, sin darse cuenta de las ventajas y desventajas a las que se puede enfrentar, es por esto que a mi manera de ver, sería necesario dentro de los procesos de integración y cooperación internacional, establecer mecanismos e instrumentos jurídicos amparados en normas uniformes, que garanticen

el debido cumplimiento de los convenios y las formas de poder ejercer las medidas legales para hacer efectiva las sentencias que afecten a los declarados como tal, no solo con medidas declarativas si no más bien con medidas de ejecución, que efectivicen la aplicación de fallos emitidos en jurisdicciones diferentes, a su domicilio legal y a lo de los bienes que posea.

En este ámbito, la comunidad internacional en los últimos tiempos, con el afán de proteger los derechos individuales del hombre, se encuentra preocupada en regular de forma directa y universal, estas formas de negocios y la situación de quiebra e insolvencia. Las organizaciones, como la Organización de Estados Americanos, al igual que la ONU, se encuentran interesadas en establecer normas comunes de carácter uniforme, las cuales se caracterizan por impulsar y consolidar jurídicamente los Derechos de las personas.

## 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

### 1.1.1. CONTEXTUALIZACIÓN MACRO, MESO Y MICRO.

#### 1.2.1.1. Contextualización macro

El sistema de Insolvencia internacional, se ha convertido en los últimos años luego, de la quiebra de la banca pública y privada de los países de la región, en una situación que afecta al sistema financiero de cada uno de los países y al mundo entero, ya por cuanto las formas de hacer negocios, está dado bajo la premisa del fiel cumplimiento de las obligaciones y que de alguna forma, el no cumplimiento de este principio determina condiciones desfavorables para el intercambio comercial, como respuesta a la inseguridad del cumplimiento de las obligaciones de los comerciantes y de las personas físicas que ejercen el comercio internacional y a los actos del comercio en diferentes aéreas, la soberanía de los estados, determina que cada una de ellas, cuente con legislaciones autárquicas, propias de cada país, obligado a que prevenir la posible afectación de otro orden legal y de esta forma proteger a sus súbditos de cualquier amenaza extraña a su propia realidad constitucional; por lo que esto impide y obstaculiza el que se pueda perseguir y reclamar los derechos de los afectados fuera de

las fronteras y hace mas vulnerable el modelo del sistema de comercio internacional, lo cual acarrea desventajas comerciales y el abuso de ciertos actores en la esfera internacional, al pretender ser juzgado sólo por autoridades internas aunque el perjuicio haya sido cometido fuera de sus fronteras o lugares donde se cometa la infracción, esto ha devenido en que se produzca el famoso fraude a la Ley, y la correspondiente evasión de la justicia amparado en la aplicación del principio del derecho de su nacionalidad, para ser procesado, sancionado y ejecutado, dejando sin efecto las disposiciones emanadas por tribunales extranjeros que deben ser reconocidas para el fiel cumplimiento de las obligaciones contraída por terceros.-

La globalización exigente en el modernismo actual económica mundial, la unificación de medidas y normas que aseguren el cumplimiento de estas obligaciones, por parte de las persona físicas o jurídicas, en el lugar que se encuentre o donde se encuentren los bienes que garantizaran de forma real la obligación contraída, es menester el dar apertura a un sistema que garantice este principio y asegure el cobro de las deudas, se ejecuten a los morosos que se encuentren fuera de las jurisdicciones tanto del acreedor como del deudor.-

#### 1.2.1.2. Contextualización meso.

En la región, existe una situación que afecta al sistema financiero de cada uno de los países que conforman la Comunidad Andina de Naciones , el Mercosur o mercado libre del Sur y en los actuales Momentos el la Unión de Naciones del Sur, que pretende establecer mecanismos y nexo de cooperación en acuerdos comerciales que determine beneficios comunes a la región y establezcan regla de juego que coadyuve, a obtener ventajas comparativas que generen mejores condiciones de negociación; pero estas deberán estar ligadas a normas e instrumentos que determine equidad y uniformidad de las leyes de cada uno de los países, para poder mitigar los efectos de los negocios que podrían estar afectando a los miembros de la Comunidad Regional, de forma individual o en conjunto frente a terceros, es por esto que la unificación de normas comunes es extremadamente necesaria para poder evitar la proliferación de fraudes que degenerarían en desconfianza de los actores al momento de hacer negocios y poder ejecutar las garantías reales, que los actores ofrezcan cuando soliciten créditos y que a la

vez puedan ser ejecutados fuera de las fronteras, en virtud de aquello la aplicación de los tratados y convenios es el camino más adecuado para dar seguridad a quienes ejercen el comercio y las actividades de crédito a nivel internacional.-

### 1.2.1.3. Contextualización micro.

En nuestro país, de forma sorprendente no existe una regulación directa en el Código Civil Ecuatoriano, que determine de forma clara y expresa el formato que se debe seguir la Insolvencia interna y menos aún la Internacional, sólo encontramos material en el Código de Procedimiento Civil y en alguna de leyes conexas, como son el Código de Comercio, en la Ley de Compañías, y en el Manual de Derecho Internacional Ecuatoriano del Abogado y Padre Juan Larrea Holguín, que se interesó en algo, en discutir ciertas tesis sobre el derecho internacional; Lo que deja en desventaja el procedimiento de ejecución de la norma de derecho internacional sobre insolvencia, haciendo necesario instituir un marco referencial que dé cabida a la cooperación internacional, apoyarse en este instrumento, crear un manual de procedimientos apegados a los principios de la Insolvencia Internacional sugerida por las Naciones Unidas, y su organismo creado justamente en los principios normativos de la UNCITRAL o la CNUDMI, conocida por sus sigla en inglés, en establecer principios generales de procedimiento, apegado a las convenciones internacionales y que ésta, sirva como reglador del las obligaciones y determinen el fiel cumplimiento de las obligaciones de los deudores y los compromisos de los acreedores, dando como resultado la aplicación de derecho extranjero y la eficacia de las sentencia extraterritoriales dentro del país de la nacionalidad del deudor o donde se encuentre los bienes del deudor, sin afectar el Real derecho interno de ese estado; pero, sin que se deje de ejecutar las garantías de fiel cumplimiento, lo que indicará mayor confianza y dinamizará las operaciones comerciales en la región y en el global de los países participantes.-

### 1.2.1. ANÁLISIS CRÍTICO

Debemos empezar determinando, cuáles son las situaciones que la República del Ecuador, ha tenido en relación a su sistema judicial y al control del sistema Financiero Nacional, en relación a los medios o formas de establecer créditos y obligaciones entre las personas nacionales y extranjeras, estos eran hasta ciertos años sometidas a un formato que no determinaba mayor diferencia entre uno y el otro, éstos trataban de dar algún tratamiento diferenciado cuando se presentaban este tipo de transacción, las empresa y las personas jurídicas en las que se determinaban requisitos adicionales para optar por créditos y su funcionamiento por parte de la superintendencia de compañías.

En la actualidad el Servicios de Rentas Internas, está aplicando una serie de mecanismos de control que esta permitiendo un mejor registro de ellas, sobre su funcionamiento y financiamiento, pero lo que no ha podido resolver es cómo evitar que se siga produciendo desventaja de la ejecución de las sentencias emitidas en el extranjero, y en especial las que tienen relación con la insolvencia transfronteriza.

Nuestro país es suscriptor de muchos acuerdos, tratados y convenios internacionales, es miembro de organismos internacionales como son: la Comunidad Andina de Naciones, la Organización de Estados Americanos, las Naciones Unidas, como socio de la Mercosur, actualmente del Alianza Bolivariana para los pueblos de Nuestra América; Tratados de Comercio de los Pueblos, la Asociación Latinoamericana, y la Unión de Naciones Sudamericanas, la que aún no han dado un tratamiento sobre este tema, en foros internacionales en que se discuta este tema de forma clara; siendo necesario el establecer políticas de cooperación en el tratamiento de la insolvencia internacional, el tema se torna complejo al momento de establecer los recursos y reconocimiento de las sentencias venidas desde del extranjero, a fin de que, ellas tengan el mismo efecto jurídico dentro del territorio de cada país, sin que ésta sea violatoria a los principios internos de cada uno de los estados miembros, sin dejar de lado la tutela efectiva y los principios del debido proceso, alcanzar la eficacia de la sentencia de los fallos de la

insolvencia que se dicten en cualquier país en contra de un fallido o quebrado y ejecutar la misma como garantía de cumplimiento de las obligaciones contraídas por estos sujetos en cualquier momento; y, de esta manera se proteja al sistema financiero y a los mismos comerciantes dejando de lado lo que podría transformarse en un generalizado fraude a las leyes nacionales que causarían efectos nefastos a nivel regional o en los hemisferios.-

Dentro de los bloques comerciales que se han creado y que están vigentes, no se ha determinado con claridad soluciones a este tema, lo que trata de enfocar son los instrumentos que permitan un libre tránsito de personas y mercaderías, bajo un modelo de transacción que permita fluidez de los negocios y agilidad en el despacho de las cargas por los diversos medios de transportación, conocidos en el ámbito comercial, dentro de un marco de confianza y respeto de las políticas alcanzadas dentro de los acuerdos suscritos, pero no debemos olvidar a los otros países que no son parte de los convenios, que hacen actos de comercio y que de alguna forma se encuentran desprovisto de estos acuerdos marcos, ¿qué va a pasar con ellos? tendrán que seguir esperando que los gobiernos y sus estados se acuerden que es necesario crear puentes de entendimiento y relaciones internacionales para suplir estas falencias.

El no reconocimiento de las sentencias de insolvencia venidas del extranjero, que buscan hacer cumplir con las obligaciones de los deudores o quebrados con domicilio en el extranjero, seguirá agrandando las brechas de desigualdad en los grados de cooperación internacional, que nos indican sobre la aplicación y despacho de los exhortos internacionales sobre recepción de prueba en el extranjero, sobre conocimiento de laudos y sentencias en el extranjero; y, sobre la ejecución y eficacia de esta sentencia como parte de su propia legislación, no solo, de acuerdo a su conveniencia si no también como parte de los acuerdos y salud de la comunidad internacional, en evitar que se siga cometiendo delitos internacional sobre el manejo del sistema financiero internacional como base de un adecuado desarrollo social de la naciones.-

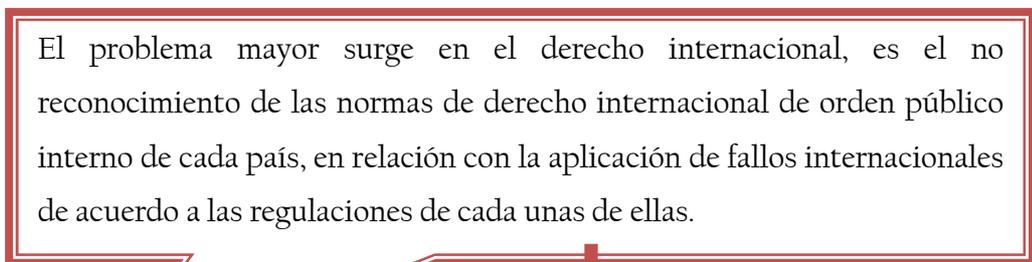
1.2.2. (ÁRBOL DE PROBLEMA).

1.2.2.1. Árbol del problema.

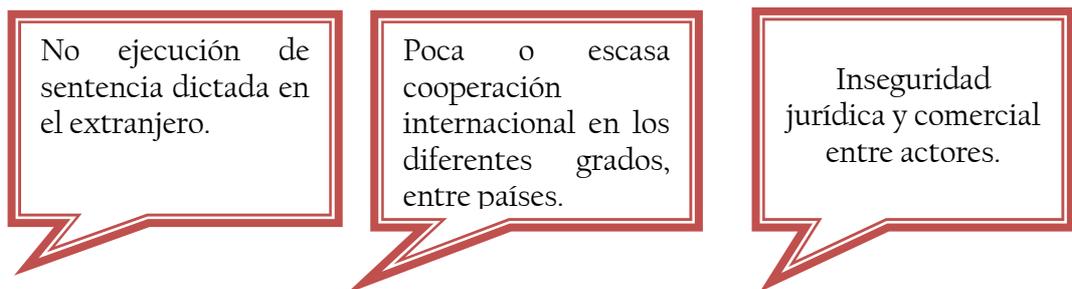
CAUSA



PROBLEMA



EFEECTO



### 1.2.3. PROGNOSIS.

No es menor cierto que el Ecuador es suscriptor de muchos convenios internacionales, y entre ellos se encuentra con la Organización de las Naciones Unidas O.N.U. y con la Organización de Estados Americanos O.E.A.; Se hace necesario el poner en ejecución las mismas, recogiendo de forma clara y práctica los instrumentos y normas de derecho internacional que sean favorables a la legislación interna de los países, en tratar de buscar ser más dinámicas las relaciones entre las personas que ejercen el Comercio Internacional, ofrecer seguridad jurídica, reconociendo laudos y sentencias dictadas en el extranjero por jueces competentes dentro de cada una de sus jurisdicciones, y de esta forma, no se pretenda a excusa de la soberanía de los estados, denegar justicia y la aplicación del derecho positivo; Nuestra región y continente americano, a excepción de los países de EEUU y Canadá, son países que sus legislaciones tienen fuente directa de un solo código que es el Germánico Romano, de los tiempos del Imperio Romano basados en el Ius Cogen y en Ius Cíviles, que ha sido adoptado por la mayoría de los países del continente Americano, lo cual trae una gran ventaja y que debería ser implementada por la mayoría, para beneficio de sus súbditos y de las instituciones tanto públicas como privadas, que necesitan del amparo de normas que impliquen seguridad de respuesta al momento de exigir obligaciones no cumplidas, y de esta manera dar una respuesta práctica a los múltiples requerimientos judiciales y necesidades de bienestar a las personas amparadas en el bien común.-

## Justificación

No debemos desconocer que el hombre como persona física de derecho, y como individuos somos viajeros permanentes, que arrastramos consigo el derecho natural de nuestra existencia y de la nacionalidad amparado en su propia ley, por lo cual, debemos entender que ese hombre aunque adopte otra nacionalidad, esta no le eximirá de las obligaciones que tenga o que pueda tener en el futuro, en relación a los derechos que se hayan adquirido y a las competencias que se otorguen, para su juzgamiento en el momento de ser demandado, por una persona que sea nacional o extranjera, el afán de este trabajo es el hecho de que, la insolvencia declarada no sea vulnerada por el territorio y la jurisdicción con otra norma de derecho extraterritorial.-

La propuesta descrita, se justifica en las falencias que padece y los defectos que contiene la normativa civil ecuatoriana, en materias de quiebras e insolvencia internacional, porque ésta situación es la que soportan, con muy pocas excepciones, la mayor parte de las legislaciones del mundo actual.-

Nuestro tema se justifica en la existencia de sistema de regulación de insolvencia internacional territorial y extraterritorial, a fin de esbozar un proyecto de ley de acuerdo a las necesidades de nuestro país en materia de Derecho Internacional, el cual se encuentre estructurado por los principios de universalidad calificada, según el cual exista un foro central en nuestra jurisdicción, con efectos extraterritoriales y que al mismo tiempo se coordine y subordinen otros procedimientos paralelos, secundarios, auxiliares, territoriales en otras jurisdicciones.

Al presentarse el incumplimiento del deudor común, en su actividad económica vinculada a países extranjeros, su primera problemática es la diversidad de legislaciones concursales en el mundo, generando inestabilidad económica y jurídica en el ámbito internacional, toda vez que tanto el deudor común como los acreedores tratan por regla general acudir a la jurisdicción del lugar que mejor convenga a sus intereses.

Este comportamiento oportunista internacional se verifica en tres escenarios:

- 1) El Deudor teniendo una feroz ejecución colectiva de sus patrimonios, en un país determinado, puede adoptar dos conductas oportunistas:
  - a) Puede trasladar su patrimonio a otro país, cuyas leyes concursales hagan más fácil la ejecución colectiva, por donde las decisiones públicas en materia concursal procedentes del extranjero, no sean ejecutables o sean difícilmente ejecutables;
  - b) Puede también, trasladar su sede a otro país donde normalmente ejercitaba sus actividades y buscando un nuevo “país-oasis”, en que la apertura del procedimiento de insolvencia sea mas difícil o imposible.

Estas dos maniobras son reflejo del fenómeno conocido en Derecho Internacional Privado, como Forum Shopping en el que el sujeto sitúa, a su voluntad el litigio ante los tribunales del país que desea, y lo hace porque subjetivamente son convenientes, pues prevé que se le aplicarán Normas Procesales y sustantivas que le favorezcan.

- 2) Los acreedores temiendo el posible y probable comportamiento oportunista del deudor al que se ha hecho referencia, puede adoptar también dos posturas oportunistas:
  - a) Pueden encarecer sus productos y sus créditos ante el riesgo de una insolvencia internacional, en la que es muy difícil cobrar el crédito, éste debe ser más caro, porque en caso contrario, no es rentable.
  - b) Puede instar una ejecución veloz, contra el patrimonio del deudor en el país en el que éste tenga bienes y activos. Ello perjudica al deudor que se puede ver avocado a una quiebra súbita, pero también perjudica a los demás acreedores que no podrán cobrar sus créditos porque no queda patrimonio sobre el que ejecutar.
- 3) Los estados tienden a adoptar medidas de proteccionismo autárquico, beneficiando

a los acreedores nacionales, pues solo ellos pueden participar en el procedimiento de insolvencia, por lo que es discriminatorio ante los acreedores extranjeros quienes se ven excluidos sin piedad del procedimiento de insolvencia de una empresa nacional. De modo que lo que se torna bueno, se torna pésimo.

Los demás estados harán lo mismo, generándose así una retorsión internacional de la insolvencia, de modo que las naciones del primer estado, estarán discriminadas en otros países con lo que todos los acreedores se ven perjudicados. Este fenómeno se expande como una mancha de aceite en los tiempos de cambio actuales, marcados por la globalización de la economía.

Desde esta perspectiva muchos estudiosos, ya se han pronunciado en favor de la sanción de una ley única, separada, una ley especial de derecho internacional privado, que en su articulado contemple y solucione acabadas, todas las cuestiones propias de la disciplina.

En este trabajo me circunscribo, por merecer especial atención dentro del abanico de posibilidades, la aspiración máxima, alcanzar la autonomía legislativa, y que ésta pueda lograr la autonomía jurisdiccional a nivel nacional.

En este sentido, conviene recordar, por su permanente actualidad, las atinadas como anticipadas observaciones de Tatiana de Maekelt en un artículo titulado: "Tribunales especiales en materia de Derecho Internacional Privado". Revista. De la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas N. 63. P. 59-70.1982.

Esta autora recuerda que la Sala Especial de la Corte Distrital de Hamburgo solamente en el año 1975 entendió en 850 casos. Ver. Kurt Siehr. Special Courts for Conflicts Cases, A Germán experience. He American Journal of Comparative Law. Vol. 25. 1977. Pág. 663. Está representado por la inserción de la codificación del derecho internacional privado de fuente interna formando parte, si bien como libro separado, dentro de los códigos de fondo.

Esta modalidad que no es la que más nos conforma, por lo que debemos manifestar la necesidad de un Proyecto de Reforma al Código Civil, al Código de Comercio y crear un

manual de derecho internacional privado, sumándonos al esfuerzo del Doctor Juan Larrea Holguín, jurisconsulto ecuatoriano que fue uno de los pocos profesionales del derecho, que se interesó y escribió sobre esta rama del derecho y dio sus apreciaciones básicas en recopilaciones legales extranjeras que daban algo de claridad a los conflictos legales derivados del derechos internacional.

## DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

### FACTOR TEMPORAL:

Año 2009

### FACTOR ESPACIAL:

Reconocimiento del derecho internacional, como cooperación internacional, dentro del derecho internacional privado ecuatoriano.-

### FACTOR CLASIFICACIÓN;

Normas de Derecho Internacional Privado

## OBJETIVO GENERAL

Promover la eficacia y ejecución de las sentencias de insolvencia en el Derecho Internacional Privado, y su reconocimiento como válida dentro del marco de la legislación y ordenamiento jurídico ecuatoriano.

## OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Estudiar las tendencias actuales, en relación con los sistemas de regulación de la insolvencia internacional y la cooperación en el reconocimiento del derecho extranjero y de sus fallos.-
- Consagrar un régimen normativo de cooperación internacional, entre los concursos locales y extranjeros y entre los funcionarios involucrados jueces y tribunales, en el derecho Internacional Privado.-
- Proponer la creación de normas, que permitan regular la Insolvencia Internacional Interna en el Ecuador y los grados de cooperación en razón de los efectos jurídicos.-

# CAPÍTULO II

## NATURALEZA JURÍDICA DE LA INSOLVENCIA

### EL DERECHO CONCURSAL EN EL ECUADOR

En nuestra época se constata una evolución de los principios de política jurídica, inspiradores del Derecho Concursal vinculada con un determinado concepto de dirección de la economía.

La tutela de la libertad de empresa cede terreno en favor de la tutela de la función social. El fenómeno exige una reformulación del Derecho Concursal que tenga en consideración, siempre el bien general, que unas veces exigirá la liquidación de la empresa y otras su conservación.

El mundo privado debe utilizar sus propios medios en el campo competitivo, que es propio de una economía de mercado. Las dificultades que se deriven de la crisis económica de las empresas han de interiorizarse como problemas de riesgo y ventura.

El Derecho concursal puede entenderse como un medio de reasignación de los recursos patrimoniales de una figura jurídica o natural, como un sistema más de eliminación de las empresas, negocios o comercios deficitarios, puesto que el valor de mercado de la producción de la empresa, es inferior al valor de mercado de los factores de producción empleados. Y la consecuencia de esto es que la persona jurídica o natural, debe desaparecer del mercado o debe producir un cambio en su estructura organizativa.

Lo establecido en la Constitución del Ecuador en los Artículos 417, 418, 419 numerales 6 y 7; y, Artículo 421, de igual manera los Artículos 425, 426, 427 y el 428 del mismo cuerpo constitucional vigente desde el 20 de octubre de 2008.

En el Código de Procedimiento Civil Codificado Ecuatoriano, en la Sección 4ta. Del concurso de acreedores, párrafo 1ero. Que nos habla del concurso de acreedores, el Artículo 507 y siguientes; el párrafo 3ro. Habla Sobre la insolvencia, Artículo 519 y siguientes; el Artículo 108 que habla sobre la acumulación de autos, y por último el Artículo 414 IBIDEM, que habla sobre el reconocimiento de ley extranjera y su aplicación.

Tenemos referencia de este trabajo en el Código Civil Ecuatoriano, Codificado en los siguientes Artículos 15, 17, 703.

El Código Sánchez de Bustamante en lo referente “Título Noveno de la Quiebra o Concurso en su Capítulo I de la Unidad de la Quiebra o Concurso, Artículos 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420.-

También encontramos referencia sobre este tema en el Código de Comercio Ecuatoriano, en su Título VI de las Compañías de Comercio y de las Cuentas en Participación.

Y vemos mayormente ilustrado este tema en el acápite que habla sobre las compañías de comercio en los Tratado de Montevideo de 1889 y 1940 que nos servirán de apoyo para construir este trabajo que permitirá aclarar muchas inquietudes de orden legal y comercial, dentro de un mundo globalizado.-

### RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO CONCURSAL

En roma antigua, la responsabilidad era personal; el deudor moroso era considerado delincuente; el acreedor tenía derecho a detener a su deudor y adjudicarlo para venderlo como esclavo; el acreedor tenía derecho inclusive de matar a su deudor; en el año 300 a.c. (antes de Cristo), empieza el sistema de ejecución patrimonial; se facilita al deudor ofrecer todos sus bienes al acreedor; los mecanismo de pago se van humanizando; la quiebra nace en la edad media debido a la gran actividad comercial.

## INSOLVENCIA Y CONCURSO

Cuando se inicia el análisis de las quiebras y los concursos, debemos partir de ciertas normas o principios generales que enmarcan o delimitan la figura en estudio, iniciaremos con las generalidades del tema, conceptualizaciones y marco o enfoque general.

Caicedo Castilla al introducirnos al tema en estudio, nos refresca conceptos generales que debemos tener en cuenta, veamos:

*"Los acreedores tienen como prenda común de sus créditos la totalidad de los bienes del deudor. Es un principio generalmente aceptado, que viene desde los tiempos del derecho romano y que el Código Civil de Colombia consagra en su artículo 2488". Y el Código Civil de Costa Rica en su artículo 981.*

La máxima que señala que el patrimonio es prenda común de acreedores, es aplicable a los comerciantes, actúen como personas físicas o jurídicas. Para cada caso concreto, se utilizará el concurso o la quiebra.

"De modo que si el deudor no paga, los acreedores dirigirán sus acciones sobre los bienes de aquel, y con el valor de aquellos se atenderá el pago respectivo. Este es el sistema general, el común, el de derecho civil, no aplicable a los comerciantes, por cuanto éstos tienen, cobijados bajo la misma máxima, un procedimiento particular, veamos: "Pero para ciertos casos existe un sistema especial, una institución jurídica particular, denominada Insolvencia, que tiende a asegurar la efectividad del pago y la rapidez de su realización", precisamente para los que se enmarcan en el artículo 5 del Código de Comercio de Costa Rica.

De acuerdo al art. 518 de nuestro Código de Procedimiento Civil, tiene lugar el concurso de acreedores, en los casos de cesión de bienes, y de insolvencia sea por falta de dimisión de bienes por parte del deudor, cuando fuere compelido a señalarlos para el embargo, o por insuficiencia en la dimisión.

Existen discusiones acerca de que si la insolvencia debe ser aplicable a los comerciantes y no comerciantes. En Ecuador, esta únicamente se aplica a los sujetos que reúnan los requisitos del citado artículo 518 del Código de Procedimiento Civil.

En esta vertiente o este sistema lo aplican: "Francia, Bélgica, España, Suecia, Italia, Rumanía, Brasil y Argentina. Otros lo aplican a comerciantes y no comerciantes. Es el sistema vigente en Inglaterra, Alemania, Holanda, Hungría, Dinamarca, Irlanda, Noruega, Suecia, Perú, los Estados Unidos de América y Canadá. Se dice que el deudor civil, como el comerciante, es una fuerza económica que es preciso dirigir, y que por lo mismo, el deber del Estado es el de intervenir para evitar la ruina de todos".

### DEFINICIÓN DE TÉRMINOS DE INSOLVENCIA

- 1) El concurso: "Juicio universal que se establece para liquidar el patrimonio de un deudor que suspende el pago de sus deudas vencidas, líquidas y exigibles."

Su origen se remonta a Roma. La Ley Papiria Paetelia faculta a los acreedores a vender los bienes totales del deudor, para de ellos pagarse sus créditos por préstamos en dinero y la *missio in bona debitoris* que estableció el procedimiento universal, con la designación de un curador bonorum, para la venta de los bienes y el establecimiento de la clasificación de los acreedores según su privilegio.

El concurso tiene efectos sobre la persona del deudor, de sus bienes y respecto a terceros, situaciones ya conocidas a los efectos del curso, los cuales se dan por superadas, aunque posteriormente se haga referencia a ellas, estrictamente en la legislación nacional.

El Código Procesal Civil del Ecuador en su artículo 507, señala en lo conducente: Del concurso de acreedores, Parágrafo Iro. Disposiciones generales:

**Art. 507.-** Tiene lugar el concurso de acreedores, en los casos de cesión de bienes, y de insolvencia sea por falta de dimisión de bienes por parte del deudor, cuando fuere compelido a señalarlos para el embargo, o por insuficiencia en la dimisión.

Tratándose de comerciantes matriculados, el juicio se denominará de quiebra, y ésta se declarará, además de las causales expresadas en el inciso anterior, por la presentación, por parte de un acreedor, de un auto de pago no satisfecho, por cesación en el cumplimiento de sus obligaciones a tres o más personas distintas, acreditadas con documento reconocido o con instrumento público. No se tendrá como obligaciones a distintas personas las provenientes, en su origen, de un mismo acreedor o de una misma obligación y que posteriormente hubieren sido endosadas o cedidas a diferentes personas.

**Art. 509.-** Declarada con lugar la formación de concurso de acreedores o quiebra, en su caso, se ordenará la ocupación y depósito de los bienes, libros, correspondencia y documentos; se hará saber al público por uno de los periódicos de la localidad o de la capital de la provincia, y a falta de éstos, por uno de los de la provincia cuya capital sea la más cercana; se convocará a una junta, que se reunirá en el lugar, día y hora señalados por el juez; se ordenará la acumulación de pleitos seguidos contra el deudor, por obligaciones de dar o hacer, y el enjuiciamiento penal, para que se califique la insolvencia.

De aparecer graves indicios de culpabilidad o fraudulencia, el juez ordenará la detención del deudor y, antes de veinticuatro horas, lo pondrá a disposición del juez de lo penal respectivo, y se llevará a conocimiento del fiscal competente, junto con los documentos, originales o en copia, que hayan servido de fundamento. Se remitirá también al fiscal o juez penal competente, según el caso, cada vez que se presenten en el juicio pruebas que se refieran a la calificación de la insolvencia.

Las causas de trabajo se acumularán sólo cuando tengan sentencia ejecutoriada; pero en los casos de un fallo o de un acta transaccional, en un conflicto colectivo, la ejecución seguirá su trámite ante la autoridad de trabajo que los hubiere dictado o aprobado, sin que proceda la acumulación.

**Art. 510.-** Aunque no se ordene la detención del deudor, éste no podrá ausentarse del territorio nacional sin permiso del juez, quien, para concederlo, cuando no haya presunciones de culpabilidad o fraudulencia, deberá exigir fianza que asegure la restitución del deudor al territorio nacional o el pago de una cantidad equivalente, por lo menos, al cincuenta por ciento del monto del pasivo.

**Art. 512.-** El fallido queda de hecho en interdicción de administrar bienes; y en cuanto a los que adquiriera en lo posterior, el cincuenta por ciento pasará a la masa común repartible entre los acreedores, y quedará el otro cincuenta por ciento para los gastos personales del fallido y de su familia, administrados directamente por el fallido. Esta inhabilidad no comprenderá la administración del patrimonio familiar.

**Art. 514.-** El auto que declara haber lugar al concurso de acreedores, o a la quiebra, es susceptible sólo del recurso de apelación, que se concederá únicamente en el efecto devolutivo. Confirmado por el superior, se procederá a la venta, por martillo, de los bienes muebles, y en remate público, como en el caso de ejecución, de los inmuebles. Si hubiere ofertas por la totalidad de los muebles, el juez puede autorizar que la venta por martillo se haga por la totalidad, oyendo al síndico y al fallido y siempre que la oferta sea mayor que el setenta y cinco por ciento del avalúo.

Igual declaratoria se hará a solicitud del deudor, quien deberá presentar un detalle de su activo y pasivo, o expresar las razones que le impidan hacerlo... Resulta de importancia transcribir lo que al respecto establecen los artículos 884 y 886 del Código Civil, veamos:

Para que la insolvencia de una persona produzca todos los efectos que la ley le atribuye, es necesario que esté declarada judicialmente. Esto se produce una vez procedido de acuerdo a:

### **De la Insolvencia**

**Art. 519.-** Se presume la insolvencia, y como consecuencia de ella se declarará haber lugar al concurso de acreedores, o a la quiebra, en su caso:

1.- Cuando, requerido el deudor con el mandamiento de ejecución, no pague ni dimita bienes;

2.- Cuando los bienes dimitidos sean litigiosos, o no estén poseídos por el deudor, o estén situados fuera de la República, o consistan en créditos no escritos, o contra personas de insolvencia notoria; y,

3.- Cuando los bienes dimitidos sean insuficientes para el pago, según el avalúo practicado en el mismo juicio, o según las posturas hechas al tiempo de la subasta. Para apreciar la insuficiencia de los bienes, se deducirá el importe de los gravámenes a que estuviesen sujetos, a menos que se hubieren constituido, para caucionar el mismo crédito.

Si los bienes dimitidos están embargados en otro juicio, se tendrá por no hecha la dimisión, a menos que, en el término que conceda el juez, compruebe el ejecutado, con el avalúo hecho en el referido juicio o en el catastro, la suficiencia del valor para el pago del crédito reclamado en la nueva ejecución. En este término se actuarán todas las pruebas que pidan el deudor y el acreedor o acreedores o el síndico.

**Art. 520.-** En el caso del número primero del artículo anterior, el juez del domicilio del deudor, que será el competente para conocer del concurso, ordenará se deje constancia de las ejecuciones y se las acumule.

**Art. 521.-** No obstante la declaración de haber lugar al concurso o a la quiebra, el deudor, en el término de tres días, podrá oponerse pagando la deuda o deudas, o dimitiendo bienes suficientes y no comprendidos en los números 2 y 3 del Art. 519.

**Art. 522.-** Decretada la formación del concurso, el juez ordenará al deudor que, dentro de ocho días, presente el balance de sus bienes, con expresión del activo y del pasivo.

**Art. 523.-** Si, vencido ese término, no lo hiciere, el juez mandará que el síndico o uno cualquiera de los acreedores forme y presente balance, dentro del menor tiempo posible,

rigiéndose así por el proceso o procesos en que se sigan las ejecuciones, como por las demás noticias que pueda adquirir. El comisionado expresará su concepto sobre las causas de la insolvencia del deudor.

**Art. 524.-** Presentado el balance, o sin él cuando no fuere posible formarlo, el juez expedirá el auto correspondiente, y seguirá sustanciando el juicio con arreglo a lo prescrito en esta Sección.

**Art. 525.-** Cuando, ejecutado el deudor por uno de sus acreedores, comparecen o intervienen otros como terceristas coadyuvantes, y ninguno solicita el concurso, o no hay deficiencia de bienes, no se lo formará sino que se procederá en la forma determinada en el párrafo 2o. de la Sección 3a. del Título II, Libro II, siempre que se alegue preferencia respecto del ejecutante o entre los terceristas, salvo el caso o casos legales.

### **Del Síndico**

**Art. 526.-** Cada dos años, las cortes superiores elegirán el número de síndicos que creyeren necesario y darán conocimiento a la Corte Suprema de las designaciones.

**Art. 530.-** El síndico representará la masa de acreedores, activa y pasivamente, en juicio y fuera de él; practicará todas las diligencias conducentes a la seguridad de los derechos y a la recaudación de los haberes de la quiebra, y liquidará ésta, según las disposiciones de este Código.

**Art. 533.-** Si no se hubiere hecho el balance, el síndico procederá, sin dilación, a formarlo, por lo que resultare de los libros y papeles del fallido y de los informes que procurará obtener.

**Art. 534.-** Para la formación del balance, en el caso del artículo anterior, el juez, de oficio o a solicitud del síndico, deberá examinar con juramento a los dependientes y empleados del fallido y a cualesquiera otras personas que no sean parientes de éste,

hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, sobre las causas y circunstancias de la quiebra y lo demás que interese al juicio.

Se omitirá el juramento, cuando de la declaración puede resultar mérito para procedimiento penal contra el declarante, su consorte o conviviente en unión de hecho, ascendientes, descendientes y más parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Presentado el balance, el síndico lo examinará, y, si hubiere lugar lo rectificará o adicionará.

El balance así formado o rectificado se agregará al expediente de quiebra.

**Art. 535.-** El síndico, de ser posible, hará notificar al fallido para examinar y cerrar los libros, para aclarar las dudas que ocurran en su examen y para la formación del balance.

Podrá comparecer por procurador, si el juez hallare fundados los motivos para no hacerlo en persona.

Si estuviere en arresto, el juez podrá hacerlo conducir al lugar en que deba practicarse el examen de los libros.

**Art. 536.-** Cuando el comerciante sea declarado en quiebra después de su muerte, o muera después de la declaración de quiebra, su cónyuge o conviviente en unión de hecho, sus hijos o sus herederos pueden presentarse o hacerse representar, para suplir al difunto en la formación del balance, en el examen de los libros y en todas las demás actuaciones de la quiebra.

**Art. 537.-** El síndico informará al juez, por escrito, dentro de quince días de juramentado, sobre el estado de los negocios del fallido y de sus libros, expresando el juicio que forme acerca de su conducta y de las causas, circunstancias y carácter de la quiebra.

El juez pasará copia de dicho informe al juez competente en lo penal. De la calificación de créditos

**Art. 543.-** Practicada la venta o remate de bienes, el juez convocará a todos los acreedores para la junta de conciliación, con señalamiento de lugar, día y hora, a efecto de que se acuerde, por mayoría de las dos terceras partes de los concurrentes, cualesquiera que sea el valor de los créditos que representen, la distribución del producto de la quiebra, respetando en todo caso, la prelación de créditos establecida en el Título XXXIX del Libro IV del Código Civil, y considerándose, además, como créditos privilegiados, los siguientes:

1. Los de los acreedores indicados en el Art. 728 del Código de Comercio sobre el precio de la nave comprendida en el activo de la quiebra del propietario;

2. Los de los acreedores por prima de aviso, gratificación y costos de salvamento, sobre las mercaderías y demás objetos salvados;

3. El del cargador sobre las barcas, aparejos, medios de transporte terrestre y sus instrumentos principales y accesorios, por las indemnizaciones a que haya lugar, en razón del mismo transporte;

4. El del dueño de la nave, sobre el cargamento de la misma, por los fletes, capaz, indemnizaciones que deba el fletador, y sobre los objetos que el pasajero introduzca en la nave, por el pasaje y los gastos que causare en el viaje;

5. El del prestador a riesgo marítimo, sobre la carga que garantiza el préstamo;

6. El del asegurador, por la prima, sobre los objetos asegurados.

Concurriendo, en caso de salvamento, un prestador a la gruesa por su capital y un asegurador por la cantidad asegurada, serán graduados en la forma que prescribe el Art. 918 del Código de Comercio; y,

7. Los de los acreedores por costos de construcción, reparación o conservación, mientras la cosa en que han sido invertidos exista en poder de la persona por cuya cuenta se hubieren hecho los costos.

Esta disposición no comprende los costos de construcción o reparación de la nave, determinados en el número primero.

La insuficiencia patrimonial se presume por el hecho de no presentar el deudor ni acusar el Registro de la Propiedad bienes bastantes para satisfacer todas sus obligaciones.

2) La quiebra. (de quebrar): "Según el diccionario de la lengua, es un juicio universal para liquidar y calificar la situación del comerciante quebrado. Quebrar, cesar en el comercio por sobreseer en el pago corriente de las obligaciones contraídas y no alcanzar el activo para cubrir el pasivo.

Desde un punto de vista procesal, la quiebra es un juicio universal que tiene por objeto la liquidación del patrimonio del deudor común para distribuirlo entre los acreedores legítimos, en la proporción que les corresponda y la rehabilitación del quebrado, en el caso que proceda."

Resulta importante destacar la calidad de comerciante del deudor, punto debatido en la jurisprudencia y doctrina internacional, para la procedencia de la misma debemos mantener claras las ideas al hacer los análisis en el Derecho Internacional Privado, en los capítulos posteriores.

Sobre la procedencia de la declaratoria de quiebra, la calidad de comerciante, y otros puntos concordantes, las Salas de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador han señalado:

"Si de la solicitud de cédula que el quebrado hiciere se desprende que su profesión u oficio es industrial, estando el término comerciante en un segundo lugar y entre

paréntesis, en la especie procede confirmar la derogatoria de la declaratoria de quiebra solicitada”.

**En igual sentido la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, señaló:**

"Si en la especie el actor no ha demostrado la calidad de comerciante del concursado, o sea, que no ha podido cumplir con todos los requisitos exigidos por el Código de Comercio para que un acreedor pueda solicitar una quiebra, procede confirmar la resolución que ordenó comprobar aquella condición, toda vez que no basta que una persona al suscribir un documento exprese que es comerciante para establecer que tiene esa calidad...

Sobre la calidad de comerciante establecida en el artículo 2 del Código de Comercio y el cumplimiento de ciertos requisitos para su procedencia la Sala Segunda ha establecido:

"Si el demandado, a la fecha en que tuvo relaciones de trabajo con el promovente tenía calidad de comerciante, pues los actos de inspección de la Dirección General de Trabajo, cuyas fotocopias se aporten, son suficientes para tenerlo como tal, y si a la fecha de presentación de estas diligencias mantenía esa calidad, resulta procedente la declaratoria de quiebra que se solicita”.

Antonio Sánchez de Bustamante, en su libro Derecho Internacional Privado comentó, analizó y reflexionó sobre el punto de estudio, de esta manera:

"Cuando un deudor, sea o no comerciante, no puede hacer frente a sus responsabilidades económicas, porque carece de los medios adecuados al ocurrir uno o varios vencimientos, o porque su activo es inferior a su pasivo, y no logra llegar con dichos acreedores a una solución extrajudicial, necesitar acudir a los tribunales, bien para una simple suspensión temporal de pagos, bien para obtener de la mayoría una quita o una espera o ambas cosas a la vez, bien para que se proceda a una liquidación general de su haber y al pago en lo posible de sus deudas, utilizando los trámites judiciales que se conocen en nuestro derecho con los nombres de quiebra o de concurso.

La primera denominación se aplica al caso en que el deudor o la sociedad que lo fuere tienen el concepto legal de comerciante, y la segunda al de que se trate simplemente de personas o entidades civiles.

En el Derecho Internacional Privado se ha discutido mucho sobre estas instituciones; y, sin perjuicio de referirnos a los diversos sistemas cuando nos ocupemos dentro de poco de la unidad y la universalidad de la quiebra y el concurso, debemos afirmar desde ahora que las dificultades económicas, ajenas del todo a cada acreedor, no deben modificar su situación en el orden del derecho, pareciendo necesario que conserven la misma situación legal, desde el punto de vista de sus garantías posibles, antes como después de la declaratoria de quiebra o de concurso.

No entraremos, sin embargo, en este examen detallado de ambas instituciones, sin referirnos previamente a la organización que han pretendido darles, de modo especial desde el punto de vista de juicio de quiebra, en Europa el Instituto de Derecho Internacional y las Conferencias oficiales de La Haya, y en América el Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo y los Proyectos de codificación posteriores."

"Un estudio comparativo de las distintas legislaciones nacionales sobre esta materia, permite comprobar la diversidad, de criterios inspiradores que responden a la particular manera de desarrollarse la actividad mercantil; no obstante, el fin social de la quiebra es siempre el mismo: la liquidación colectiva de los bienes del deudor para hacer efectivos los créditos de sus acreedores. Pero los comerciantes, sean personas físicas o jurídicas, suelen cada vez con más frecuencia, proyectar su actividad a otros países, ejerciendo actos de comercio aislados o instalando estrategias societarias, sucursales dependientes o independientes de la administración principal".

Esta expansión ha hecho que cuando estemos en presencia de un proceso concursal, existan bienes localizados en distintos puntos geográficos, créditos y pasivos en países distintos a la casa matriz o sucursal, estamos en presencia de un "patrimonio internacionalmente disperso". Estos problemas son los que precisamente estudian y

analizan los entendidos en el proceso concursal o de quiebra a nivel internacional y que analizaremos en este trabajo.

### SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FUENTE INTERNA

Corresponde recordar que en el derecho comparado, podemos advertir tres sistemas preponderantes o principales, que contemplan los efectos que se producen en el ámbito internacional con la declaración de quiebra, que la doctrina suele definir o calificar de la siguiente manera:

- a) El sistema de la unidad: Se basa en el principio de la extraterritorialidad; y consiste en que declarada la quiebra en un cierto país, sus efectos se expanden a todos aquellos en los cuales el deudor cesante o fallido tenga bienes o deudas,
- b) El sistema de la pluralidad de la quiebra, que respetando el principio de la territorialidad implica que la quiebra es declarada en todos aquellos países en que el deudor tenga bienes o deudas, debiendo tramitarse distintos procedimientos y demostrar en cada uno la insolvencia o estado de cesación de pagos; y
- c) El sistema ecléctico, que contiene principios de los dos anteriores, buscando amparar los derechos de aquellos acreedores que menos afectados están por la declaración de la quiebra.

En este punto del análisis resulta fácil advertir la trascendencia, la importancia de establecer procedimientos de salvataje o reflotamiento empresarial, su influencia en la captación de inversiones y la necesidad de brindar seguridad jurídica a los acreedores, máxime en un sistema de reconocimiento extraterritorial, no sólo de la actuación societaria o corporativo sino, de los efectos también extraterritoriales de un posible estado de falencia.

Dicho así parecería que estamos frente al planteo de buscar sistemas legislativos que prevengan, eviten la insolvencia y dicha tarea parecería más propia de los economistas que de los juristas.

Hemos sostenido hasta ahora que el concurso preventivo es un procedimiento, por el cual que se intenta evitar la caída en quiebra del deudor. Nótese que se utilizó la expresión “caída en quiebra” en lugar de la habitual “declaración en quiebra”, y dicha elección no fue casual, sino todo lo contrario. Ello así por cuanto consideramos que la declaración de quiebra del deudor se impone cuando la falencia ya se ha producido en los hechos, es decir, cuando ya el estado de insolvencia del deudor es de tal gravedad que es imposible su recuperación.

En este supuesto, no estaríamos respetando, cumpliendo con la pretendida o anhelada defensa y protección del crédito, sino, todo lo contrario.

La declaración judicial de quiebra es, entonces, el reconocimiento de la situación fáctica de la quiebra. Cuando la gravedad de la actividad deficitaria del deudor hace imposible su recuperación económica y financiera, ingresar en un procedimiento preventivo (de la declaración de quiebra) es condenar a todos los participantes del proceso (deudor y acreedores), a una lenta agonía.

Por lo tanto el concurso preventivo como así otros medios de recuperación económica- deben reservarse para aquellas situaciones de insolvencia o crisis transitorias, en las cuales otorgada las “quitas y esperas”, el deudor ha recibido el oxígeno necesario para salir a flote y retomar el normal y buen rumbo de sus negocios, o en otros casos, separado el deudor de la empresa, dar la posibilidad de que un tercero o cualquier acreedor interesado para que continúe con una actividad económicamente provechosa.

Cabria entonces preguntarse si en cada ámbito se requiere la elaboración, reconocimiento o regulación de nuevos métodos, mecanismos o procedimientos que eviten la quiebra.

## CÓDIGO CIVIL

Art. 30.- La renuncia general de domicilio surte el efecto de que el renunciante pueda ser demandado donde se le encuentre, salvo lo que dispongan al respecto leyes especiales.

Art. 1512.- El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es:

1. Al deudor constituido en quiebra o que se halle en notoria insolvencia; y,
2. Al deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor. Pero, en este caso, el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones.

Art. 2369.- Son nulos todos los actos ejecutados por el deudor relativamente a los bienes de que ha hecho cesión, o de que se ha abierto concurso a los acreedores.

Art. 958.- Podrá el empleado recaudador pedir la declaración de insolvencia del deudor que careciere de bienes, o si los tuviere en litigio, o embargados por créditos de mejor derecho.

**Código Comercio.- De las Compañías de Comercio y de las Cuentas en Participación.-**

### De las compañías de comercio

Nota: La Ley de Compañías Decreto Supremo No. 142, Registro Oficial No. 181 de 15 de febrero de 1964 derogó tácitamente este Título, por lo menos en muchas de sus disposiciones. Después el Art. 112 de la Ley de Compañías de Seguros Registro Oficial 547 de 21 de Julio de 1965, derogó expresamente el Título VI, menos la Sección IV. Esta

derogatoria se produce en el Art. 117 de la nueva codificación de la Ley de Compañías de Seguros Registro Oficial 83 de 13 de Marzo de 1967.

### De la Suspensión de Pagos

**Art. 1012.-** El comerciante que, poseyendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, prevea la imposibilidad de efectuarlo en las fechas de sus respectivos vencimientos, podrá constituirse en estado de suspensión de pagos, y la declarará el juez de su domicilio, en vista de su manifestación.

**Art. 1013.-** También podrá el comerciante que posea bienes suficientes para cubrir todo su pasivo, presentarse en estado de suspensión de pagos, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al vencimiento de una obligación que no haya satisfecho.

**Art. 1014.-** El comerciante que pretenda se le declare en estado de suspensión de pagos, expresará en la demanda:

- 1.- Los sucesos o motivos en que la funde; y,
- 2.- El tiempo de espera que solicite, el cual no podrá exceder de dos años.

### A la demanda acompañará:

- 1.- El estado detallado y valorado de su activo y pasivo; y,
- 2.- La lista nominal de sus acreedores, con indicación de sus domicilios y el importe de sus créditos.

**Art. 1015.-** El juez ante quien se presentare la demanda, si ésta estuviere arreglada a derecho y conceptuare justos los motivos aducidos, decretará la suspensión provisional de pagos y mandará citar a los acreedores para una junta que se celebrará, a más tardar, dos meses después de la fecha del decreto.

**Art. 1016.-** Decretada esta suspensión, el juez nombrará un interventor para que, previos aceptación y juramento, proceda a confrontar el balance presentado por el comerciante con las existencias y pasivo de éste.

**Art. 1017.-** El interventor tendrá una de las llaves de los establecimientos y bodegas del comerciante, los que no se abrirán, sino conjuntamente por aquel y por éste.

**Art. 1018.-** El producto de las ventas y cobros diarios se depositará en un banco a órdenes del comerciante y del interventor, mientras se practique el inventario; y las cantidades que reciban por cuenta de documentos descontados o transferidos, se entregarán a los respectivos tenedores de ellos.

**Art. 1019.-** El balance se presentará, a más tardar, dentro de veinte días; y, una vez presentado, el juez ordenará que se reúna la junta de acreedores en el día señalado para el efecto.

**Art. 1020.-** Si el balance formado por el interventor arroja un activo del diez por ciento menor que el pasivo, el juez declarará al comerciante en estado de quiebra y seguirá el trámite legal.

**Art. 1021.-** Si del balance resultare que había créditos vencidos antes de presentada la demanda de suspensión de pagos, el juez decretará la quiebra y seguirá sustanciando el respectivo juicio.

**Art. 1022.-** Reunida la junta de acreedores, el juez abrirá la discusión después de leídos el informe del interventor y el balance formado por éste.

Si la mayoría de acreedores, computada como en el caso de quiebra, estuviere porque se conceda al deudor la espera solicitada, el juez pronunciará sentencia aprobando la concesión, la que, en ningún caso, podrá durar más de dos años, contados desde la fecha en que se hubiere decretado la suspensión provisional.

Art. 1023.- Si la mayoría fuese opuesta a la suspensión de pagos, el juez no la concederá; y, si hubiere mérito, en la misma providencia declarará al comerciante en estado de quiebra.

Art. 1024.- El deudor no podrá apelar sino de la sentencia, y la apelación se concederá solo en el efecto devolutivo.

Art. Final.- De acuerdo con lo dispuesto por el Art. 137 de la Ley de Régimen Administrativo, publíquese esta codificación en el Registro Oficial y cítese, en adelante, su nueva enumeración.

### COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL ECUATORIANO DE FUENTE INTERNA.

En un mundo que se caracteriza por la tendencia de los Estados a flexibilizar sus fronteras y alcanzar la integración en el terreno jurídico por medio de convenios internacionales, cobra especial relieve el mutuo auxilio que pueden prestarse las autoridades que ejercen la función jurisdiccional en otros Estados con la finalidad de administrar justicia.

La cooperación jurídica internacional engloba toda aquella actividad de naturaleza procesal desarrollada en un Estado, al servicio de un proceso incoado o a incoarse ante jurisdiccional<sup>1</sup>.

La cooperación puede consistir en la transmisión de notificaciones y comunicaciones que es preciso canalizar en territorio extranjero, la ejecución de una diligencia probatoria, extendiéndose su contenido a las solicitudes de información del derecho de un país a los tribunales de otro. Existe también la posibilidad de requerir la adopción de medidas cautelares o precautorias en un país diferente de aquel en donde se tramita el proceso.

---

<sup>1</sup> Tellechea Bergman, Eduardo "La cooperación Jurídica Internacional de mero trámite y probatoria", en Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario, obra dirigida por Ángel London Sosa, Fundación de Cultura Universitaria, Universidad de la República de Montevideo, 1997, pp. 149/164.

Con relación al reconocimiento o ejecución de una resolución extranjera, mayoritariamente se la excluye del contenido de la institución aunque, en sentido amplio, también sea necesaria la cooperación para que la sentencia goce de eficacia extraterritorial<sup>2</sup>.

Debo puntualizar que de no existir la asistencia judicial internacional, se frustraría el buen fin del proceso en el que se sustancia una situación del tráfico jurídico externo- imposibilidad de realizar notificaciones, diligenciar pruebas, etc.

Precisamente, el interés que moviliza a los primeros delegados a las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado, ha sido el de ofrecer las respuestas jurídicas que, en dicho ámbito, requieren los nuevos tiempos.

Así, cabe mencionar las Convenciones Interamericanas de Panamá de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, Recepción de Pruebas en el Extranjero y sus Protocolos Adicionales de 1979 y 1984, respectivamente; las Convenciones de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, y Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero.

Conviene asimismo citar las Convenciones de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores, Obligaciones Alimentarias y la de México de 1994 sobre Tráfico Internacional de Menores, cuyos objetivos sólo pueden concretarse a través de la efectiva cooperación entre las autoridades de distintos Estados.

Para fijar el régimen jurídico en el sector de la asistencia judicial internacional, ha de estarse en primer término, a lo dispuesto en los convenios internacionales en los que Ecuador es parte.

La primacía de los convenios se encuentra en la Constitución la cual recoge varios principios del Derecho Internacional y declara que se sujeta a su cumplimiento: la convivencia pacífica; la cooperación internacional; la igualdad jurídica de los estados; la condena al uso o amenaza de la fuerza en las relaciones internacionales; la vigencia del

---

<sup>2</sup> Pérez Milla, Javier, *La notificación judicial internacional*, Ed. Colmares, Granada 2000, p. 6.

Derecho Internacional; el desconocimiento del despojo por medios bélicos; la promoción del desarrollo; el fortalecimiento de los organismos internacionales; la integración de las naciones; el rechazo al colonialismo, neocolonialismo a la discriminación; y el derecho de los pueblos a la autodeterminación y a liberarse de sistemas opresivos.

### COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL COMO OBJETIVO EN CONVENCIÓN INTERAMERICANA Y DE LA HAYA.

Todo abogado con alguna experiencia en litigios internacionales tiene dificultades en anticipar las ramificaciones procesales de juicios en los cuales las partes, sus patrimonios o las pruebas se encuentran localizadas en países diferentes. Las nociones tradicionales de cortesía o reciprocidad internacional no han contribuido en forma significativa a disipar esta incertidumbre. De allí que los esfuerzos de unificación del Derecho Internacional Privado hayan incluido en su programa la elaboración de reglas de cooperación judicial.

En materia de exhortos o cartas rogatorias para efectuar notificaciones en el extranjero, la Conferencia de La Haya y la CIDIP-I adoptaron convenciones que ya han obtenido un buen número de adhesiones. La Convención de La Haya entró en vigor el 10 de febrero de 1969 y veinte años después ya había sido ratificada por 26 países,<sup>3</sup> mientras que la Convención Interamericana entró en vigor el 16 de enero de 1976 y a la fecha ha sido ratificada por 14 países americanos.<sup>4</sup>

Uno de los aspectos más innovadores previsto en las convenciones interamericanas y de La Haya es la posibilidad de transmitir y distribuir los exhortos en el país requerido por intermedio de una autoridad central a ser designada por cada Estado parte.<sup>5</sup> La posibilidad de transmitir exhortos a través de un organismo gubernamental adquiere una importancia especial en los países de América, puesto que este medio se puede

---

<sup>3</sup> MARTINDALE HUBBELL LAW DIRECTORY, vol. 8, parte 7, p. 2 (1989).

<sup>4</sup> Estos países son: Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

<sup>5</sup> Convención de La Haya sobre notificaciones en el extranjero, Art. 2; Convención Interamericana sobre Exhortos, Art. 4.

sortear los requisitos formales de legalización y autenticación que suelen entorpecer y dilatar este tipo de trámites.<sup>6</sup>

La Convención de La Haya sólo contempla que el Estado requirente designe una autoridad central, mientras que su homóloga interamericana indica, sin exigirlo expresamente, que tanto el Estado requirente como el requerido deberán designar un organismo a través del cual se han de tramitar los exhortos.<sup>7</sup> Sin embargo, esto no implica una diferencia significativa en el mecanismo de tramitación cuando se desee canalizarla por intermedio de una autoridad central.

Si un Estado parte de la Convención Interamericana desea utilizar este mecanismo, el Estado requerido deberá prestar su cooperación porque el segundo párrafo del Art. 6 de la Convención Interamericana exige que se informe a la Secretaría General de la O.E.A. acerca de cuál es la autoridad central competente y, además, el Art. 2 del Protocolo Adicional a dicha convención claramente exige a los Estados miembros que designen a una autoridad central. La misma estructura administrativa que opera en el campo de la Convención de La Haya puede ser utilizada bajo la Convención Interamericana. Así, si el documento a ser notificado se origina en los Estados Unidos, donde el Departamento de Justicia ha sido designado como autoridad central para recibir exhortos provenientes del extranjero, bajo la Convención de La Haya el juez exhortante de los Estados Unidos enviará directamente la comunicación a la autoridad central del Estado requerido para que ésta lo retransmita al juez competente.

Bajo el mecanismo de la Convención Interamericana, el mismo juez exhortante enviará el documento al Departamento de Justicia para que éste a su vez lo retransmita a la autoridad central del Estado requerido y éste lo comunique a la autoridad judicial competente.<sup>8</sup> En ambos casos el trámite de notificación tiende a ser más expeditivo que dejar a las partes libradas a la burocracia de los canales diplomáticos y a la buena voluntad, ofrecimiento de reciprocidad o cortesía, del tribunal exhortado.

---

<sup>6</sup> Convención Interamericana sobre exhortos, art. 6

<sup>7</sup> Conv. de La Haya sobre notificaciones en el extranjero, art. 2; Conv. Interamericana sobre exhortos, art. 4.

<sup>8</sup> Lo expresado en el texto supone que los tribunales de los Estados contratantes obligarán a las partes litigantes a utilizar los métodos convenidos en el tratado internacional, con exclusión de aquellos que las partes podrían utilizar en causas domésticas. Sin embargo, así no lo ha entendido la Suprema Corte de los Estados Unidos y no fue predecir la postura que adoptarán los tribunales inferiores en los Estados Unidos. En un caso donde estaba en juego la aplicabilidad de la Convención de La Haya sobre obtención de pruebas en el extranjero, el alto tribunal decidió por mayoría de 5 contra 4 que los métodos autorizados por el tratado no son los únicos disponibles, sino que las partes siempre podrían recurrir a aquellos permitidos por la ley procesal local, a menos que el tratado excluya expresamente esta posibilidad.

Otras diferencias de redacción entre ambas convenciones no reflejan necesariamente una concepción jurídica dispar y ni siquiera en la mayoría de los casos un resultado diferente. Por ejemplo, mientras que bajo el Artículo 17 de la Convención Interamericana el Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de un exhorto "cuando sea manifiestamente contrario a su orden público", el Artículo 13 de la Convención de La Haya limita la posibilidad del rechazo al caso en que la notificación solicitada atente "contra la soberanía o seguridad" del Estado requerido. Aunque esta última excepción pareciera ser más restrictiva que la incorporada en la Convención Interamericana, la vaguedad de los términos empleados en ambas convenciones persiguen los mismos objetivos.

Al fin y al cabo el límite trazado por el orden público dependerá de la cultura y tradición jurídica de los tribunales que deban interpretar la noción de orden público, más que de la diferencia terminológica entre ambos instrumentos.

Comentaristas estadounidenses han señalado que el lenguaje empleado en la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias es pobre y ambiguo, que su versión inglesa deja mucho que desear y que, en líneas generales, el texto elaborado por la Conferencia de La Haya es superior. Los Estados Unidos no suscribieron el texto de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, pero al no tener éxito en su insistencia de que los demás Estados americanos suscribieran el texto elaborado por la Conferencia de La Haya, subordinaron su adhesión a la aprobación de un protocolo adicional en cuya elaboración y adopción la delegación de los EUA tuvo una activa participación.<sup>9</sup>

Un desentendimiento similar ocurrió con la Convención Interamericana sobre obtención y recepción de pruebas en el extranjero aprobada por la CIDIP-I en 1975.<sup>10</sup> Este instrumento hubo de ser complementado, y hasta cierto punto modificado, a

---

<sup>9</sup> Este protocolo adicional fue aprobado cuatro años después en el seno de CIDIP-II, donde se especifica la documentación que debe acompañarse al exhorto y el tenor del mismo se ejemplifica en formularios anexos al protocolo. Véase, Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, 8 de mayo de 1979, OEA/Ser.A/33. Trooboff, *Current Developments: The Second Inter-American Specialized Conference on Private International Law*, AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, vol. 73, 1979, p. 704.

<sup>10</sup> Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, 30 de Enero de 1975, OEA/Ser.A/22

instancias de la delegación de los Estados Unidos de América,<sup>11</sup> por un protocolo adicional adoptado por la CIDIP-III en 1984.<sup>12</sup>

Sin embargo, los Estados Unidos de América no han ratificado hasta la fecha la Convención Interamericana sobre obtención de pruebas en el extranjero, mientras que hace ya varios años que ratificaron la convención homóloga elaborada por la Conferencia de La Haya.

La Convención de La Haya sobre obtención de pruebas en el extranjero entró en vigencia el 7 de octubre de 1972 y ya ha sido ratificada por 20 países,<sup>13</sup> mientras que la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas, que entró en vigor el 16 de enero de 1976, cuenta con la ratificación de 13 países de América.

Los exhortos solicitando el diligenciamiento de medidas de prueba en el extranjero sólo pueden ser emitidos por autoridades judiciales, y, al igual que las convenciones sobre exhortos o cartas rogatorias, las requisitorias pueden canalizarse a través de una autoridad central en el Estado requerido.

Ambas convenciones establecen el principio de que la recepción de prueba se regirá por la ley procesal del Estado requerido,<sup>14</sup> pero posibilitan la aceptación de procedimientos especiales a solicitud del Estado requirente, siempre y cuando no sean incompatibles con la legislación del Estado requerido.

Ambas convenciones recurren a términos ambiguos, para bloquear un pedido especial del Estado requirente a efectos de que la prueba sea tramitada, de conformidad a las prácticas vigentes en dicho Estado. Sin embargo, las limitaciones impuestas por los dos instrumentos no son muy diferentes.

---

<sup>11</sup> La adopción de los protocolos adicionales a las convenciones interamericanas sobre exhortos o cartas rogatorias y sobre recepción de pruebas intentaron en algunos casos flexibilizar los requisitos impuestos en las convenciones y en otras instancias simplemente explicitar lo que no surgía claro en el texto de las convenciones, todo ello con la finalidad principal de acomodarse a las objeciones de la delegación de los Estados Unidos. En principio,

<sup>12</sup> Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, 11 de Marzo 1983, OEA/Ser.A/40.

<sup>13</sup> Convención de La Haya sobre obtención de prueba en el extranjero en materia civil y comercial, o "Convención de La Haya sobre obtención de pruebas", 18 de marzo de 1970, 23 U.S.T. 2555, T.I.A.S. No. 7444, 847 U.N.T.S. 231, codificado en UNITED STATES CODE ANNOTATED, vol. 28, Sección 1781 y ss., West Publishing Company, 1990

<sup>14</sup> Convención de La Haya sobre obtención de pruebas, Art. 9, primer párrafo ("La autoridad judicial que ejecute un exhorto aplicará la legislación de su país en lo que se refiere a los procedimientos a seguir al efecto"); Convención Interamericana sobre recepción de pruebas, Art. 5 ("Los exhortos o cartas rogatorias relativas a la recepción u obtención de pruebas se cumplirán de acuerdo con las leyes y normas procesales del Estado requerido.").

Bajo la Convención de La Haya, el Estado requerido está obligado a diligenciar la prueba conforme al procedimiento solicitado, a menos que ello no sea posible por no ajustarse a la práctica judicial interna del Estado requerido, o por otras dificultades de orden práctico.<sup>15</sup>

En cambio, bajo la Convención Interamericana el Estado requerido no tiene obligación de seguir las instrucciones del Estado requirente, pero puede hacerlo a menos que la diligencia solicitada sea "de imposible cumplimiento."

Las diferencias entre ambos textos, se desvanecen cuando se repara que el protocolo adicional a la Convención Interamericana limita significativamente la discrecionalidad del Estado requerido, para negarse a diligenciar el exhorto siguiendo el procedimiento solicitado por el Estado requirente, viabilizando de esta forma el pedido de manera similar, sino más liberal todavía, que bajo la Convención de La Haya.<sup>16</sup>

Pasando a analizar específicamente el grado de acomodamiento de cada instrumento a las prácticas del "Common Law", la Convención de La Haya incluye un capítulo especial destinado a facilitar la obtención de pruebas en el extranjero, por funcionarios diplomáticos o consulares y delegados (commissioners).<sup>17</sup>

Sin embargo, un buen número de Estados adheridos a la Convención de La Haya sobre obtención de pruebas, formularon reservas excluyendo la obtención de prueba por dichos funcionarios, o bien restringiendo su aplicación. De la misma forma, el protocolo adicional a la Convención Interamericana admite la obtención de pruebas por funcionarios no-judiciales, pero también reservando a los países americanos la facultad de expresar sus reservas.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Convención de La Haya sobre obtención de pruebas, Art. 9, segundo párrafo ("...Sin embargo, ante solicitud de la autoridad requirente de que se proceda de acuerdo a algún procedimiento especial deberá hacerlo a menos que éste sea incompatible con la legislación del Estado requerido o que su aplicación no sea posible, por no ajustarse a la práctica judicial interna del Estado requerido o por otras dificultades de orden práctico.").

<sup>16</sup> Convención Interamericana sobre recepción de pruebas, Art. 6 ("A solicitud del órgano jurisdiccional del Estado requirente podrá aceptarse la observancia de formalidades adicionales o de procedimientos especiales adicionales en la práctica de la diligencia solicitada a menos que sean incompatibles con la legislación del Estado requerido o de imposible cumplimiento por éste.").

<sup>17</sup> Convención de La Haya sobre obtención de pruebas, Capítulo II, Arts. 15-21.

<sup>18</sup> Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, Arts. 9-13. El Artículo 14 de la Convención Interamericana en la materia permite la continuación del uso de estos mecanismos u otros más favorables que estuvieran vigentes al adoptarse la convención. V., Convención Interamericana sobre obtención de pruebas, Art. 14 ("Esta Convención no restringirá las disposiciones de convenciones que en materia de exhortos o cartas rogatorias sobre la recepción u obtención de pruebas hubieran sido suscritas o que se suscribieran en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar en la materia. Tampoco restringe la aplicación de las disposiciones en materia de intervención consular para la recepción u obtención de pruebas que estuvieran vigentes en otras convenciones, o las prácticas admitidas en la materia."). De los once Estados que suscribieron este protocolo adicional, dos de ellos, Brasil y Chile, formularon reservas en el sentido de excluir la utilización de estos métodos alternativos.

Ambas convenciones permiten al Estado requerido, rehusarse a cumplir requisitorias que tengan por objeto la obtención de prueba informativa anticipada, procedimiento conocido en los Estados Unidos de América como *pre-trial-discovery of documents*.

Sin embargo, el rechazo a esta peculiaridad procesal anglosajona, es expresado a través de diferentes mecanismos en ambos instrumentos. Mientras que el Art. 23 de la Convención de La Haya autoriza a todo Estado contratante a declarar en el momento de la firma, ratificación o adhesión que no cumplirá con dichos exhortos, el Art. 9 de la Convención Interamericana faculta al juez del Estado requerido a rehusarse a cumplir con dicha requisitoria.

En el ámbito Interamericano, empero, el Artículo 16 del protocolo de la convención de exhortos y cartas rogatorias adicional abre una ventana al *pre-trial discovery*. De esta forma, se intenta balancear el interés de los Estados Unidos de América en que sus abogados puedan obtener prueba anticipada y el del resto de los países americanos en evitar "excursiones pesqueras" extrañas a sus prácticas procesales.

Esta es otra instancia más en la cual los países de Europa y América, persiguiendo un objetivo común, han recurrido a mecanismos jurídicos similares que les permita un entendimiento con países de diferente tradición jurídica, como Gran Bretaña y los Estados Unidos de América.

Lo más interesante de este choque de concepciones procesales, es que ha llevado a los países de cultura neo-romanista a replantearse la conveniencia de permitir que las partes, pongan las cartas sobre la mesa con anterioridad al litigio, mediante la obtención de prueba anticipada, y que los países de cultura jurídica anglosajona recapaciten acerca de la necesidad de evitar los abusos que pueden cometerse mediante una utilización ilimitada de esta facultad.

El análisis precedente de las diferencias de matices entre los textos elaborados por la Conferencia de La Haya y las CIDIPs, sugiere que una conjugación de las fuerzas que

luchan por una mayor cooperación judicial internacional en América y Europa, hubiera permitido una armonización de posturas bajo una convención multilateral de alcance.

Este panorama de soluciones armónicas que se presenta en el campo del derecho procesal internacional, no es muy diferente del que se observa en el área de los conflictos de leyes.

Un examen de las tareas organizativas de la CIDIP-V, cuya realización tuvo lugar en la ciudad de México a fecha a establecerse durante 1994, también sugiere que en el campo de la ley aplicable a la contratación internacional es posible intentar un acomodamiento de la perspectiva europea y americana, que sirva de puente para una armonización mundial de las normas del Derecho Internacional Privado y concurrentemente en la Insolvencia Transfronteriza.

# CAPÍTULO III

## EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO DE FUENTE INTERNA.

### EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO INDICADOR EVOLUTIVO DENTRO DEL MARCO JURÍDICO INTERNO.

Tradicionalmente se han buscado distintas soluciones frente a la situación económica desfavorable de un comerciante; a la crisis empresarial y la declaración de falencia. En efecto, la quiebra ha sido el procedimiento que por excelencia se ha adoptado para posibilitar la aprehensión del patrimonio del quebrado y del concursado para lograr su distribución de manera equitativa e igualitaria, siendo ésta la primera respuesta que operaba como un instrumento de represión, de castigo, para lograr la liquidación judicial y la eliminación del “comerciante indigno e incapaz, de desarrollar su actividad provechosamente” y cuyos incumplimientos provocan graves problemas, no solo a sus acreedores, sino también al mercado, y consecuentemente a la sociedad en general.

En una etapa posterior, se advierte como, abandonando la idea de la quiebra como situación reprochable moral y socialmente, se le permite al deudor, que se encuentra en estado de cesación de pagos o crisis económica, intentar recomponer su situación, a través de distintos procedimientos de negociación para la renegociación, reflatamiento o salvataje de la empresa, mediante terceros acuerdos judiciales o extrajudiciales con sus acreedores para posibilitar el cobro más satisfactorio de sus créditos, concediendo éstos quitas y esperas en los concordados, o estableciéndose administraciones controladas, entre otras soluciones intentadas.

En la actualidad el régimen concursal tiene por finalidad defender el crédito contra la insolvencia confesada y las leyes nacionales e internacionales o tratados, deben velar por la seguridad jurídica de los negocios, en bien de la economía privada y la economía general.

Los Estados, regulan en su legislación interna, (conforme las necesidades, conveniencia e idiosincrasia de su sociedad) los distintos aspectos de las quiebras de aquellas personas que ejercen su actividad dentro de sus fronteras, sin embargo, la universalidad del concurso y los efectos de índole económica que produce el estado de insolvencia, al trascender el ámbito nacional y expandirse al exterior, hacen necesario estructurar un régimen internacional de la quiebra, en defensa del crédito.

Todo instrumento legal, dispositivo de derecho interno que permita coordinar la administración de las insolvencias transfronterizas, abre vías para adoptar soluciones sensatas que pueden interesar tanto a los acreedores como al deudor. Por lo tanto, la presencia de ese tipo de mecanismos en el derecho interno de un Estado, puede ser percibida como un factor ventajoso para las operaciones comerciales o efectuar inversiones económicas en ese Estado.

### SEMEJANZA JURÍDICA Y LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN AMÉRICA.

La armonización y eventual unificación del derecho privado en América está sugerida por su identidad lingüística y geográfica, religión, lengua, una cierta homogeneidad de costumbres, una similitud de problemas de orden económico, social, político, y, fundamentalmente, raíces jurídicas comunes. De allí que nunca hayan faltado iniciativas en favor de la unificación jurídica Americana, cuyo largo historial se extiende desde el Congreso de Panamá de 1826 convocado por Bolívar,<sup>19</sup> hasta las modernas convenciones regionales adoptadas por las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIPs), que desde 1975 se llevan a cabo en el seno de la Organización de Estados Americanos.

---

<sup>19</sup> Aunque sería exagerado considerar al Congreso de Panamá de 1826 como un paso concreto en materia de codificación del Derecho Internacional Privado Americano, su convocatoria refleja una temprana voluntad política en favor de la armonización jurídica regional. Fundamentalmente, el Congreso de Panamá se propuso establecer las bases de una política exterior común, un pacto de alianza defensiva y establecer un tribunal internacional de justicia. El Tratado de Panamá, aprobado por este Congreso y suscripto por México, América Central, Colombia y Perú, dispuso el entendimiento futuro de los gobiernos con el fin de discutir y aprobar los principios jurídicos que debían regir sus relaciones mutuas. Véase Briceño Berrú, Reflexiones sobre la codificación del derecho internacional privado en América, pp. 157, 157 (1989) [citado como Briceño Berrú, Reflexiones sobre la codificación].

En una primera etapa, que precedió a los movimientos europeos de unificación jurídica continental, los países de América Latina se embarcaron en un ambicioso proyecto de codificación del Derecho Internacional Privado.

Una segunda etapa más pragmática, protagonizada por las CIDIP, abandonó la aspiración romántica de la codificación global y se concentró en temas más específicos. Si bien los esfuerzos pioneros y comprensivos de unificación del derecho privado no tuvieron mucho éxito, aquellos realizados por las CIDIPs han culminado hasta la fecha con la aprobación de 21 convenciones interamericanas.

Los trabajos de las CIDIPs han sido modesta y realísticamente limitados en cuanto a la materia y al espacio. Así, los temas objeto de unificación o armonización, no se han extendido más allá de cuestiones relacionadas con los criterios de selección del derecho aplicable y la coordinación de mecanismos de cooperación judicial internacional. Aún cuando se prevé la adhesión de estas convenciones por países que no pertenecen a la O.E.A., el ámbito espacial de aceptación de los instrumentos interamericanos no excede en la mayoría de los casos el de América. Este objetivo y lo que ya se ha logrado en su cometido no es desdeñable.

Sin embargo, la realidad contemporánea del Derecho Mercantil Internacional exige un replanteo acerca de la conveniencia de mantener una postura regionalista en los esfuerzos de unificación del derecho privado. La implantación de bloques económicos regionales constituye un impulso muy importante en los esfuerzos de armonización y unificación del Derecho.<sup>20</sup>

Esto puede comprobarse con la experiencia contemporánea de los países de Europa, que continúan elaborando a ritmo acelerado un derecho comunitario por conducto de la integración económica. Sin embargo, los esfuerzos de armonización y unificación del derecho mercantil en el mundo contemporáneo, no se inspiran necesariamente en intereses regionalistas.

---

<sup>20</sup> Véase J. Limpens, La evolución de la unificación del Derecho, REVISTA DE DERECHO COMPARADO, Barcelona, enero-diciembre 1960, pp. 9-18; id., (quien sostiene que la unificación de carácter regional constituye un paso obligado en la aspiración de una armonización más extensa)

Se trata más bien de armonizar criterios jurídicos entre países que, a pesar de contar con una tradición jurídica diferenciada y una acentuada disparidad de desarrollo económico, mantienen una relación comercial y por ende de conflictos jurídicos, lo suficientemente importantes como para justificar la armonización de sus ordenamientos jurídicos.

En una época de creciente interdependencia comercial entre países del "Norte" y del "Sur", entre los que se cuentan en ambos campos naciones con tradición jurídica anglosajona y continental romanista, es necesario replantearse la necesidad y conveniencia en dirigir los esfuerzos de unificación del derecho privado en términos universales y no meramente regionales.

Existen por cierto un buen número de esfuerzos encaminados a solidificar bloques económicos que enlacen los intereses de los Estados Unidos y Canadá con México,<sup>21</sup> otros entre repúblicas centroamericanas, los países de la región andina<sup>22</sup> e incluso los del cono sur del hemisferio.

Sin embargo, los resultados económicos de la integración latinoamericana han sido modestos hasta la fecha.

El nivel de intercambio comercial de los países de América entre sí, al menos por el momento, carece en la mayoría de los casos de la envergadura de las relaciones comerciales, que mantienen cada uno de los países de la región con los países de la Comunidad Económica Europea y los Estados Unidos.

De allí, la necesidad que los esfuerzos de unificación del derecho privado en América, deban orientarse hacia una creciente participación en esfuerzos similares que llevan a cabo organismos con vocación unificadora universal. Este planteo no se encuentra justificado solamente en el nivel de intercambio comercial que mantienen los países de

---

<sup>21</sup> México se adhiera al Tratado de Libre Comercio celebrado en 1989 entre Canadá y Estados Unidos, circunstancia que sin duda tendrá un impacto importante en la unificación y armonización del derecho privado mexicano y el de sus vecinos anglosajones. V., M. Miller, El acuerdo de libre comercio entre Canadá y Estados Unidos: Lecciones para América Latina, INTEGRACION LATINOAMERICANA, Buenos Aires, enero febrero 1990, No. 153, pp. 24-34;

<sup>22</sup> Acerca de los vaivenes de "integración" y "desintegración" de los países del llamado Pacto Andino que firmaron el Acuerdo de Cartagena del 26 de mayo de 1969 (originalmente firmado por Bolivia, Chile, Ecuador y Perú, al que posteriormente se unió Venezuela y del que se desprendió Chile). Sobre la estructura jurídica establecida por el Acuerdo de Cartagena, puede consultarse con provecho la obra de F. V. García Amador; V. J. G. Andueza, La aplicación directa del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, INTEGRACION LATINOAMERICANA, Buenos Aires, 1985, vol. 98, p. 3;

la región, sino que también se apoya en la ausencia de criterios jurídicos diferenciadores de entidad suficiente, como para justificar una postura regionalista separada de las corrientes de unificación universal.

Reconocemos que la adhesión de muchos países latinoamericanos a convenciones multilaterales sobre derecho internacional privado, ha sido lograda gracias a la labor tesonera de los organismos técnicos de la O.E.A. Es oportuno tener en cuenta la improbabilidad que un buen número de países hubieran prestado su conformidad a adherirse a un convenio multilateral fuera del contexto regional interamericano. Esto es comprensible, pero no necesariamente justificable.

Existe por cierto una mayor predisposición política a adoptar textos "propios" que a adherirse a convenciones universales, tendencia que, por otra parte, no es exclusiva de los países de América Latina. Sin embargo, a pesar de esta realidad política, cabe preguntarse si esta postura regionalista, encuentra su razón de ser en diferencias genuinas en el enfoque jurídico respecto a los temas sujetos a unificación.

Creo que este no es el caso, y que redundaría en beneficio de los países de América Latina reemplazar la retórica de solidaridad hemisférica por un trabajo serio, orientado a determinar las áreas de coincidencia, reforzando una adecuada representación en los foros internacionales para la defensa de aquellas posturas jurídicas que realmente justifiquen, en cada caso concreto, un apartamiento de las corrientes de unificación universal.

En efecto, estimo que las diferencias jurídicas, en aquellos casos en que se presentan, no son tantas, y que vale la pena embarcarse en el esfuerzo de superarlas. La semejanza de criterios puede constatarse al comparar la similitud, cuando no identidad, de textos adoptados por algunas convenciones interamericanas en materia de cooperación judicial con aquellos que sobre el mismo tema han sido previamente elaborados por la Conferencia de La Haya. También puede constatarse este núcleo común de aproximaciones al comparar la convención sobre arbitraje comercial internacional,

elaborada en 1958 bajo el auspicio de las Naciones Unidas con la convención interamericana sobre el mismo tema.<sup>23</sup>

Además, como se verá con mayor detenimiento más adelante, el actual anteproyecto de de convención interamericana en materia de ley aplicable a los contratos internacionales, cuya discusión ha sido programada para la próxima CIDIPs, también es altamente compatible con las orientaciones básicas adoptadas en el mismo tema, por las Convenciones de Roma (1980) y La Haya (1986).<sup>24</sup>

Si las discrepancias jurídicas no son tan importantes, como para precluir un entendimiento entre los criterios inspiradores de la unificación del derecho privado universal, ¿no vale la pena acaso incrementar la participación americana en foros como la Conferencia de La Haya a efectos de arribar a un acuerdo multilateral de mayor alcance espacial? ¿Acaso no redundaría esta apertura en un beneficio de todos los Estados que participan en los esfuerzos de unificación? No desconozco el valor que ha tenido a través de los años el espíritu de solidaridad americana, históricamente dirigido a asegurar una independencia política y soberanía económica en constante acecho. Sin embargo, este sentimiento recíproco de fraternidad, que pocas veces ha fructificado en logros concretos, no debe conducir al enclaustramiento de los esfuerzos de unificación del derecho privado.

A fin de apreciar las posibilidades que se ofrecen para integrar la perspectiva americana a las nuevas tendencias del derecho mercantil internacional, conviene repasar brevemente el historial de la codificación del derecho internacional privado en América. Luego de reseñar las etapas por las que ha atravesado este largo proceso, pasaremos a examinar las perspectivas que se ofrecen para la unificación del derecho privado substantivo latinoamericano en el campo de la contratación internacional.

El propósito de esta excursión panorámica, no es el de profundizar acerca del alcance normativo de estos esfuerzos, sino más bien apreciar su impacto en la futura

---

<sup>23</sup> V., A. Van den Berg, *The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?* ARBITRATION INTERNATIONAL, Londres, 1989, vol. 5, p. 214.

<sup>24</sup> V. Documento de antecedentes sobre el tema "Proyecto de Temario de la Reunión de Expertos en Materia de Contratación Internacional", OEA/Ser.G. CP/CAJP-839/91, 29 octubre 1991.

participación de los países americanos, en los esfuerzos de unificación en los que se encuentran embarcados otros foros internacionales.

### PROCESO DE CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO AMERICANO.

Los esfuerzos pioneros de los países de América Latina en la unificación del derecho privado se remontan al siglo pasado.<sup>25</sup> La fuerza inspiradora de estos esfuerzos reposaba en el optimismo universalista de las ideologías imperantes a la época, que perseguía una codificación comprensiva del derecho privado universal.

En 1875, cuando los países de Europa recién comenzaban a preocuparse por la unificación del derecho privado, el gobierno peruano convocó a un grupo de juristas latinoamericanos, para explorar si existían concepciones jurídicas lo suficientemente concordantes como para plasmarlas en acuerdos internacionales. Al Congreso de Lima de 1877-78, concurrieron, además del Perú, representantes de Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Cuba y Venezuela.

La idea de emprender la unificación del derecho sustantivo interno de los países participantes fue pronto dejada de lado. La labor del Congreso de Lima se concentró en concluir un tratado de extradición y otro de derecho internacional privado.

Este tratado constaba de 60 artículos divididos en 8 capítulos, incluyendo reglas sobre conflictos de leyes en materia de estado y capacidad civil, matrimonio, sucesiones, y mecanismos de cooperación en materia de competencia internacional y ejecución de sentencias extranjeras.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Briceño Berrú, Sinopsis histórica de la codificación del Derecho internacional privado civil y procesal en América Latina, en ACTAS PROCESALES DE DERECHO VIVO, Caracas, 1981, pp. 177-215; García Amador: realizaciones del Comité Jurídico Interamericano, en TERCER CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ORGANIZADO POR EL COMITÉ JURIDICO INTERAMERICANO, Secretaría General de la OEA, Washington, 1976, pp. 13-42; Parra Aranguren, CODIFICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN AMÉRICA, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1982; Siqueiros, La codificación del Derecho internacional privado en el continente Americano, JURIDICA, Anuario del Departamento de la Universidad Iberoamericana, México, 1982, pp. 235-251; Vieira, La codificación del derecho internacional privado en el continente Americano antes y después de Panamá, ANUARIO IHLADI, Madrid, 1979, p. 261; Villela,

<sup>26</sup> Sobre el Congreso de Lima de 1877-78 puede consultarse García Calderón, Congreso Americano de Jurisconsultos de Lima de 1877, REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS, Lima, 1977, pp. 25-44; MacLean Ugarteche, El Derecho Internacional Privado Peruano y el Congreso Americano de Jurisconsultos de Lima de 1877, *Ibid.* pp. 45-67; NUNEZ Valdivia, Centenario del Tratado de Derecho Internacional Privado, REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA, Lima, 1978, pp. 114-125 y 210-219;

La guerra del Pacífico que se desató en 1879 y discrepancias respecto a algunas de sus disposiciones, impidieron que el Tratado de Lima entrara en vigor al ser ratificado solamente por el país anfitrión.

El paso siguiente más significativo dentro de este proceso de codificación latinoamericana fue el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo, que tuvo lugar en 1889.

En este congreso se adoptó el primer grupo de nueve tratados multilaterales, sobre derecho internacional privado que entró en vigor en el mundo. Los tratados de Montevideo de 1889 sólo fueron ratificados por Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay.

Los tratados de mayor aplicación han sido los de Derecho civil, procesal y comercial internacional, pero su praxis jurisprudencial ha sido bastante escasa en proporción a los años que han transcurrido desde que entraron en vigor.<sup>27</sup>

Los nueve tratados de Montevideo de 1889 fueron revisados por el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de 1939-40. Empero, las modificaciones que se incorporaron a los Tratados de 1889 fueron pocas y sólo fueron ratificadas por Argentina, Paraguay y Uruguay.<sup>28</sup>

Sin duda que el esfuerzo unificador más comprensivo y de mayor alcance territorial en América Latina está representado por el Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, aprobado en la Sexta Conferencia Panamericana que tuvo lugar en La Habana en 1928, suscrito por 20 países y ratificado por 15 de ellos.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Briceño Berrú, Reflexiones sobre la codificación, op.cit., p. 184, quien, además, destaca que las materias que fueron objeto de regulación especial se refieren al campo de las relaciones matrimoniales y a los contratos, y que en algunos de los Estados que ratificaron los tratados de Montevideo, éstos suelen servir de apoyo doctrinario, y aplicarse por analogía, a una diversidad de casos que resuelven conflictos con Estados que no son partes de dichos tratados. Véase también, V. Romero Del Prado, Manual de Derecho Internacional Privado, vol. 1, Buenos Aires, 1944, pp. 604, 606.

<sup>28</sup> El estado actual de las ratificaciones de los Tratados de 1939-40 es el siguiente: Los tres países (Argentina, Paraguay y Uruguay) ratificaron los tratados de Derecho Civil, comercial terrestre, navegación comercial, procesal, penal la Convención sobre ejercicio de profesiones liberales y el Protocolo adicional. Solamente Paraguay y Uruguay ratificaron los tratados sobre asilo y refugio políticos y sobre propiedad intelectual. Briceño Berrú, Reflexiones sobre la codificación, op.cit., p. 176, nota 33; De Maekelt, op.cit., p. 224.

<sup>29</sup> Estos países son: Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Dominicana República, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela.

Sin embargo, la apariencia de uniformidad que transmite a primera vista su extenso articulado, se desvanece cuando se reparara en las concesiones excesivas al derecho local (Lex Fori) y en la cantidad y amplitud de las reservas de que fue objeto.

El Código Bustamante no fue ratificado por Argentina, Colombia, México, Paraguay y Uruguay; cinco países (Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador y El Salvador) lo ratificaron con reservas indeterminadas, esto es, subordinando la aplicación del Código a la legislación interna,<sup>30</sup> y, otros cuatro países (Brasil, Haití, República Dominicana y Venezuela) ratificaron el Código Bustamante haciendo reserva de algunos de sus artículos.

Además, al disponer su artículo 7 que por "Ley personal" se entiende la del domicilio o la de la nacionalidad, o la que haya adoptado o adopte en adelante la legislación interna del Estado interesado, la unificación del criterio de ley aplicable sólo se hubiera logrado en caso de un acuerdo generalizado acerca de la ley del domicilio o la de la nacionalidad.<sup>31</sup> Esto no ocurrió, privando al Código Bustamante de su gran potencial unificador.

El paso siguiente de mayor significación en este largo proceso de unificación se produce con la incorporación protagónica de la Organización de Estados Americanos.

Al establecer las bases institucionales de la O.E.A., la Carta de Bogotá aprobada en 1948 dispuso la creación de un Consejo Interamericano de Jurisconsultos, cuya misión incluía la de fomentar, en la medida de lo posible, la uniformidad de las legislaciones americanas.

---

<sup>30</sup> Chile, por ejemplo, ratificó el Código Bustamante expresando que ". . . ante el derecho chileno y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros." Guzmán y Millans, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Santiago, 1973, pp. 100-101;

<sup>31</sup> Véase, Bustamante, *The American Systems on Conflict of Laws and Their Reconciliation*, TULANE LAW REVIEW, vol. 5, 1931, pp. 537, 565-569. La mayoría de los países Americanos establecen la ley del domicilio como ley personal en materia de capacidad civil. Los pocos países que mantenían el principio de la nacionalidad lo han cambiado por el del domicilio. En 1942, por ejemplo, Brasil adoptó la ley del domicilio en oportunidad de introducir reformas al Código Civil. Véase P. G. Garland, *American-Brazilian Private International Law*, New York, 1959, p. 25; H. Valladao, *Direito Internacional Privado*, Sao Paulo, 1968, p. 187; Gallardo, *The Law of Domicile - A Remarkable Connecting Link in Latin-American Conflict of Laws*, INTER-AMERICAN LAW REVIEW, vol. 2, 1960, p. 64.

Durante la Tercera Conferencia Interamericana que tuvo lugar en Buenos Aires en 1967, la competencia del Consejo fue transferida a otro organismo, el Comité Jurídico Interamericano ("C.J.I.").<sup>32</sup>

El artículo 105 de la Carta de la O.E.A. asigna al Comité Jurídico Internacional la misión de "promover el desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional y estudiar los problemas jurídicos referentes a los países en desarrollo del Continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente."

Por su parte, el artículo 3 del Estatuto del Comité Jurídico Internacional establece que uno de los fines de dicho organismo es el de "promover el desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional." Entra en escena a partir de entonces el Comité Jurídico Internacional, protagonista contemporáneo de los esfuerzos de unificación y armonización del derecho privado en América.

Durante los años 50, los esfuerzos de los organismos técnicos de la O.E.A. se orientaron a explorar la posibilidad de armonizar los criterios de selección del derecho aplicable adoptados por el Código Bustamante con aquellos incorporados en los Tratados Sudamericanos de Derecho Internacional Privado y el "Restatement of the Law of Conflicts of Laws" preparado por el "American Law Institute".<sup>33</sup>

Estos intentos no fructificaron<sup>34</sup> y el Comité Jurídico Internacional debió luchar durante los años siguientes contra la inercia de los gobiernos para que cooperaran en forma activa en los esfuerzos de codificación del derecho internacional privado.

Durante la segunda mitad de la década del sesenta (60), el Comité Jurídico Internacional comenzó a considerar la posibilidad de orientar sus esfuerzos en forma gradual y progresiva. La idea era la de elaborar y ponerse de acuerdo en instrumentos

---

<sup>32</sup> Véase Robertson, Revision of the Organization of American States, INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY, vol. 17, 1968, pp. 346, 359; "Protocolo de Buenos Aires," 27 de febrero de 1967, T.I.A.S., No. 6847, 64 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, vol. 64, 1970, p. 966. Véase también, J. R. Vanossi, El Comité Jurídico Interamericano (reseña de su historia y de su obra), REVISTA EL DERECHO, Buenos Aires, vol. 118, p. 771-83.

<sup>33</sup> Véase, "Possibility of Revision of the Bustamante Code," en FINAL ACT OF THE FIFTH MEETING OF THE INTER-AMERICAN COUNCIL OF JURISTS, San Salvador, El Salvador, (Union PanAmericana, Marzo 1965, mimeo, CIJ-77). Nadelmann, The Need for Revision of the Bustamante Code on Private International Law, AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, vol. 65, 1971, pp. 782, 783.

<sup>34</sup> Un proyecto preparado en 1966 por el profesor José Joaquín Caicedo Castilla no fue bien recibido en el seno de la O.E.A. Véase, DOCUMENTOS DE LA ORGANIZACION DE ESTADOS AMERICANOS SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, OEA/Ser.Q/11.9-CIJ-15, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General de la Organización de Estados Americanos; Nadelmann, Literature in Latin América on the Law of Conflict of Laws in the United States, INTER-AMERICAN LAW REVIEW, vol. 4, 1962, p. 103; Nadelmann, The Need for Revision, op.cit., p. 784, n. 14.

enfocados en los aspectos medulares de las relaciones comerciales interamericanas, incluyendo temas diversos del derecho procesal y comercial internacional.

Es así como en 1971 la Asamblea General de la O.E.A. decidió convocar la Primera Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado (CIDIP-I), que se realizó en la ciudad de Panamá del 14 al 30 de enero de 1975. A partir de entonces, las CIDIPs se han venido realizando aproximadamente cada cinco años.<sup>35</sup>

En cada una de las materias que han integrado los temarios de las CIDIPs, el Comité Jurídico Internacional ha preparado un informe y un proyecto de convención que ha servido como herramienta inicial de trabajo.<sup>36</sup>

Las CIDIPs y la nueva generación de convenciones interamericanas reafirman la tradición regionalista y codificadora del Derecho Internacional Privado americano, pero bajo un nuevo rumbo más sectorializado y progresivo que el perseguido a comienzos de siglo. Hasta la fecha se han suscrito 21 convenciones interamericanas, todas ellas basadas en proyectos elaborados por el Comité Jurídico Internacional, posteriormente discutidas y aprobadas en el seno de cinco conferencias especializadas: CIDIP-I (Panamá, 1975),<sup>31</sup> CIDIP-II (Montevideo, 1979), CIDIP-III (La Paz, 1984) y CIDIP-IV (México, 1994 Montevideo, 1989).<sup>34</sup> Estas convenciones interamericanas sobre temas específicos han ido sustituyendo paulatinamente las disposiciones sobre la misma materia incorporadas al Código Bustamante y a los Tratados de Montevideo.

### LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS EN MEDIO DE LA UNIFICACIÓN CON LOS PAÍSES DEL “COMMON LAW”

Los esfuerzos de la O.E.A. han sido como medio de unificación hemisférica y de entendimiento con los países del 'common law' dos culturas jurídicas que, aunque no difieren en sus objetivos, cuentan con un estilo y metodología diferente.

---

<sup>35</sup> OEA, Asamblea General, Costa Rica, Abril, 1971, Res. AG/RES. 48.

<sup>36</sup> Véase, PROYECTO DE CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE LEY APLICABLE EN MATERIA DE CONTRATACION INTERNACIONAL, Informe presentado por el Dr. José Luis Siqueiros, CJI/SO/II/doc.6/91, 3 junio 1991, p. 2.

Esta tarea ha sido llevada a cabo fundamentalmente por el Comité Jurídico Internacional y la labor tesonera de la Federación Interamericana de Abogados, que por más de 50 años ha promovido el intercambio entre juristas norteamericanos y latinoamericanos. A pesar de estos esfuerzos, el entendimiento entre delegados y expertos de ambas culturas no siempre se refleja en el texto adoptado. Al menos, esta pareciera ser la actitud prevaleciente del sector anglosajón en el seno de la O.E.A., a juzgar por las inquietudes manifestadas por los gobiernos a quienes representan los Estados Unidos, o los escasos comentarios de doctrina de comentaristas norteamericanos, o bien las adhesiones de los gobiernos de Estados Unidos y Canadá a los instrumentos elaborados por las CIDIPs.

Canadá, cuya incorporación a la O.E.A. es muy reciente, no ha suscrito hasta la fecha ninguna de las convenciones interamericanas y los Estados Unidos se han tomado un promedio de veinte años para ratificar sólo dos instrumentos hasta la fecha (cartas rogatorias y exhortos y su protocolo adicional y arbitraje comercial internacional).<sup>37</sup>

Tampoco Brasil ha ratificado hasta el momento ningún instrumento interamericano, aunque las razones para este rechazo no han sido articuladas o al menos no resultan fáciles de precisar. Aunque las convenciones interamericanas auspician la adhesión de países no-americanos, solamente España ha aprovechado esta oportunidad y sólo en dos ocasiones.

En suma, las convenciones adoptadas en las CIDIPs no han tenido aceptación, en su mayoría, más allá del ámbito hispano-americano. Significativamente, la ratificación por parte de los Estados Unidos de las convenciones sobre cartas rogatorias y arbitraje comercial internacional ha sido motivada fundamentalmente por su similitud con otras dos convenciones de carácter universal previamente ratificadas por Estados Unidos, esto es, la Convención de La Haya sobre cartas rogatorias y la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Inter-América Convention on Letters Rogatory, FEDERAL REGISTER, vol. 53, No. 159, 17 de Agosto de 1988, pp. 31132-31133; Inter-América Convention on International Commercial Arbitration, UNITED STATES CODE, Título 9, Secciones 301-307.

<sup>38</sup> V. R. Kearney, Developments in Private International Law, AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, 1987, vol. 81, pp. 724, 737.

Si el objetivo fundamental que se persigue es la armonización y unificación entre sistemas heterogéneos entre sí pero vinculados por importantes lazos comerciales, va de suyo que aún cuando la unificación de criterios entre los países de América Latina es importante en sí mismo, el desafío mayor es el de lograr un entendimiento jurídico entre, por un lado, los países latinoamericanos, económicamente en vías de desarrollo y tradición continental romanista, y, por el otro lado, un país de raigambre jurídica anglosajona, avanzadamente industrializado y de indudable importancia en el comercio internacional como los Estados Unidos.

Como los Estados Unidos suelen acceder a regañadientes a las convenciones interamericanas, vale la pena referirse a la tarea unificadora universal del derecho privado que llevan a cabo otras instituciones internacionales. Esta sinopsis nos permitirá contrastar este esfuerzo a nivel universal con las labores, en alguna medida paralelas, que realizan las CIDIPs a nivel regional.

### AMÉRICA LATINA Y SUS ESFUERZOS POR LA UNIFICACIÓN EN FOROS INTERACIONALES

Los instrumentos interamericanos elaborados en el seno de las cinco CIDIPs (Panamá 1975, Montevideo 1979, La Paz 1984, Montevideo 1989 y México 1994), se han orientado fundamentalmente a los conflictos de leyes y a facilitar la resolución de conflictos mediante el arbitraje y la cooperación judicial, sin incursionar mayormente en el derecho sustantivo. En este campo, los mayores esfuerzos en lo que se refiere a negocios jurídicos de carácter internacional, se vienen llevando a cabo desde hace unos años por otros organismos. Así, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("UNCITRAL" o CNUDMI) cuenta con una representación permanente de seis países de América Latina.<sup>39</sup>

La República de México, representada por el profesor Jorge Barrera Graf, fue uno de los países que participó en forma más activa en el grupo de trabajo encargado de elaborar la

---

<sup>39</sup> A partir de 1973, el grupo de países que componen UNCITRAL asciende a 36 (9 de África, 9 de Europa Occidental y otros países incluyendo a los Estados Unidos, 6 de América Latina y 5 de Europa del Este). Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2205, 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16), p. 99. V.

Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, que a mediados de 1992 ya ha obtenido la ratificación de cuatro países de América Latina.<sup>40</sup>

Paralelamente a las tareas que desarrolla UNCITRAL, el Instituto para la Unificación del Derecho Privado con sede en Roma, UNIDROIT, contaba en 1990 con la adhesión de diez países latinoamericanos.<sup>41</sup>

Recientemente, UNIDROIT ha orientado sus esfuerzos de unificación algunas áreas específicas de alto significado patrimonial e internacional (soft law y algunas Hard Law), como el factoraje ("factoring") y el arrendamiento financiero ("leasing") internacional adoptadas en Ottawa el 28 de mayo de 1988.

Cabe destacar que diversos representantes de los Estados miembros de la O.E.A. estuvieron representados en la conferencia diplomática donde se adoptaron estas convenciones preparadas bajo el auspicio de UNIDROIT, y cuya ratificación por parte de los Estados miembros de la O.E.A. fue recomendada por la CIDIP-IV.

En la actualidad, la labor de este organismo ha finalizado el proyecto de "Principios Aplicables a los Contratos Comerciales Internacionales" que codifica esta emergente *lex mercatoria* de los contratos internacionales que podría complementar, por voluntad de las partes contratantes, convenciones internacionales como la de compraventa internacional de mercaderías. Es evidente que la participación activa de los países de América en estos foros internacionales contribuirá a incorporar a los países de la región al comercio internacional.

La Conferencia de Derecho Internacional Privado fue establecida en La Haya en 1893, aunque su estructura como organismo intergubernamental se remonta a 1955. Los primeros trabajos de La Haya se iniciaron con una gran incertidumbre respecto al método de codificación a seguir, de allí que no debería sorprender a los juristas europeos que los proyectos de la O.E.A. en lo que se refiere a la unificación del derecho privado todavía cuenten con cierto grado de indefinición.

---

<sup>40</sup> Estos países y la fecha de entrada en vigor de la Convención de Viena de 1980 son los siguientes: Argentina (1ero de enero de 1988); Chile (1ero de marzo de 1991); Ecuador (1ero de febrero de 1993); y México (1ero de enero de 1989). V., UNCITRAL, Status of Conventions, A/CN.9/368, 28 de abril de 1992, pp. 4-5.

<sup>41</sup> Al 1ero de enero de 1990, UNIDROIT contaba con la adhesión de 53 países, entre los cuales se incluye Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Cuba, México, Nicaragua, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

El escaso resultado práctico de las primeras conferencias concluyó con el abandono de proyectos de codificación de conjunto similares a aquellos emprendidos en América Latina durante fines del siglo pasado y comienzos del presente.

El programa actual de la Conferencia de La Haya contempla fundamentalmente, al igual que el programa de las CIDIPs, la codificación parcial y gradual del derecho internacional privado y el establecimiento de mecanismos de cooperación judicial internacional.<sup>42</sup>

No se ha podido determinar con certeza que los esfuerzos pioneros de los países latinoamericanos hayan ejercido una influencia significativa en la labor emprendida por la Conferencia de La Haya. Tampoco parece haber existido una tarea de coordinación entre los esfuerzos realizados por la Conferencia de La Haya y la Unión Panamericana, a punto tal de afirmarse que ambas instituciones, a pesar de estar embarcadas en una tarea común, se ignoraron mutuamente.

Así, ningún Estado americano participó de las conferencias de La Haya ni antes ni después de la I<sup>a</sup> Guerra Mundial.

La incorporación de un puñado de países de América se produjo después de la segunda guerra, y recién en 1964 los Estados Unidos, que se había mantenido distante de todo proceso de unificación tanto en el seno de la Unión Panamericana como de la Conferencia de La Haya, cambió su actitud y decidió asociarse a la Conferencia de La Haya. Aunque la Conferencia de La Haya se perfiló originalmente como una institución típicamente europea, durante los últimos años este organismo ha ampliado significativamente su composición, que hoy en día rebasa ampliamente los confines del continente europeo.

Cuatro países de América Latina se han adherido a la Conferencia de La Haya (Argentina, Chile, México y Venezuela), y uno de ellos, la República Argentina, ha

---

<sup>42</sup> Véase, G. Droz & A. Dyer, *The Hague Conference on Private International Law for the Eighties*, NORTHWESTERN J. INT'L. L. & BUS., vol. 3, 1981, p. 155; Pfund, *International Unification of Private Law: A Report on the United States Participation, 1985-86*, INTERNATIONAL LAWYER, vol. 20, 1986, p. 623.

ratificado cuatro convenciones multilaterales elaboradas por la Conferencia de La Haya. Dada la vocación ecuménica de la Conferencia de La Haya durante estos últimos años, es posible que en el futuro otros países de América Latina se vayan incorporando paulatinamente a este organismo.

Esta posibilidad requeriría una participación más activa por parte de los países latinoamericanos en la elaboración de los textos aprobados en La Haya, tema al cual me referiré más adelante. Fuera de los aspectos políticos o diplomáticos, la participación activa de los países de América Latina en la Conferencia de La Haya se encuentra facilitada por el objetivo común que persiguen los países europeos y latinoamericanos de limar asperezas entre las diversas legislaciones internas y, además, la tarea también común de armonizar las perspectivas de las culturas jurídicas anglosajona y romano-germánica.

Esta identidad de esfuerzos se refleja, por ejemplo, en materia de cooperación judicial internacional. Un análisis de algunas diferencias entre los textos adoptados por la CIDIP y por la Conferencia de La Haya en materia de cartas rogatorias o exhortos para la notificación de actos judiciales y extrajudiciales en el extranjero<sup>43</sup> y en materia de obtención y recepción de pruebas en el extranjero<sup>44</sup> sugiere que los mecanismos establecidos en ambos documentos pudieron haber sido objeto de un solo tratado que agrupara los continentes europeo y el americano.

## LA JURISDICCIÓN EN DOCTRINA

**Couture:** Para el Derecho Procesal, la Jurisdicción “es la función pública realizada por los órganos públicos del estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual por acto de juicio, se determina el derecho de las partes”.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> Convención de La Haya del 15 Noviembre de 1965 relativo a la notificación en el extranjero de actos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, 20 U.S.T. 361, T.I.A.S. No. 6638, 658 U.N.T.S. 163; Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, 30 de Enero 1975, OEA/Ser.A/21.

<sup>44</sup> Convención de La Haya del 18 de marzo de 1970 sobre a obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial, 23 U.S.T. 2555, T.I.A.S. No. 7444, 847 U.N.T.S. 231; Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero, 30 de enero de 1975, OEA/Ser.A/22.

<sup>45</sup> Couture Eduardo J. Fundamentos de derecho procesal civil; Buenos Aires Argentina; 4ta. Edición.-

Su objeto es dirimir, conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante autoridad de cosa juzgada.

La facultad de los órganos jurisdiccionales del Estado de pedir la aplicación de normas jurídicas a casos concretos, para entender las causas antes descritas y mediante cualquiera de los procedimientos pertinentes. Este vínculo establecido entre órganos jurisdiccionales y quien hace valer su derecho de acción o defensa se conoce como Relación Jurídica Procesal.

Rengel señala que, “La Jurisdicción es una función pública del Estado, manifestación de la soberanía en referencia a la política, la cual se administra en nombre de la República y por autoridad de la ley, sustitutiva de la justicia privada o autodefensa”<sup>46</sup>.

Chiovenda, sin embargo considera la jurisdicción de la siguiente manera. Es “La función del estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley, mediante la sustitución de órganos públicos (jueces), a la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, ya afirmando la existencia de la voluntad de la ley, ya ordenando ulteriormente su ejecución”<sup>47</sup>.

### TIPOS DE JURISDICCIÓN

1. Jurisdicción Contenciosa: La controversia es un elemento de la Jurisdicción pero su ausencia no quiere decir que no existe un acto jurisdiccional. La misma se utiliza para referirse a los juicios en rebeldía donde la contienda es potencial más no actual.
2. Jurisdicción Voluntaria: Así se le conoce a los procedimientos judiciales seguidos sin oposición de partes, y en los cuales la decisión que el juez profiere no causa perjuicio a persona conocida. Digamos que esta jurisdicción tiene un

---

<sup>46</sup> Arístides Rangel Romberg; Tratado de derecho Procesal Civil Venezolano; Ex. Libris 1991 CARACAS, RODNER JAMES OTIS

<sup>47</sup> José Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil; Madrid; Editorial REUS Tomo I Profesor ordinario de Procedimiento Civil y Organización Judicial, Universidad de Roma 1922

carácter dispositivo y permisivo. También se dice que su función es mas administrativa que de otro tipo.

Para el autor **Eugenio Hernández Bretón**, la Jurisdicción, es una potestad estatal, resultante de la soberanía y consiste en el poder abstracto de componer conflictos intersubjetivos (entre personas y sus opiniones), con fuerza de cosa juzgada<sup>48</sup>.

La soberanía que cada estado posee, es respetada por el Derecho Internacional, pues es una potestad que individualmente fijará los límites de los derechos, que por naturaleza y territorio, éstas poseen. En nuestro Código de Procedimiento Civil la jurisdicción se encuentra enmarcada dentro de los artículos 3 al 5:

**Art. 3.-** La jurisdicción es voluntaria, contenciosa, ordinaria, prorrogada, preventiva, privativa, legal y convencional. Jurisdicción voluntaria es la que se ejerce en los asuntos que, por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelven sin contradicción. Jurisdicción contenciosa es la que se ejerce cuando se demanda la reparación o el reconocimiento de un derecho. Jurisdicción ordinaria es la que se ejerce sobre todas las personas o cosas sujetas al fuero común. Jurisdicción prorrogada es la que ejercen los jueces sobre las personas o en asuntos que, no estando sujetos a ellos, consienten en sometérselos o les quedan sometidos por disposición de la Ley. Jurisdicción preventiva es la que, dentro de la distribución de aquélla, radica la competencia por la anticipación en el conocimiento de la causa. Jurisdicción privativa es la que se halla limitada al conocimiento de cierta especie de asuntos o al de las causas de cierta clase de personas. Jurisdicción legal es la que nace únicamente de la Ley. Jurisdicción convencional es la que nace de la convención de las partes, en los casos permitidos por la Ley.

**Art. 4.-** La jurisdicción voluntaria se convierte en contenciosa, desde que se produce contradicción en las pretensiones de las partes.

Concluido el procedimiento voluntario mediante auto o sentencia, o realizado el hecho que motivó la intervención del juez, cuando no haya habido necesidad de aquellas

---

<sup>48</sup> Eugenio Hernández Breton ; Problemas Contemporáneos del Derecho Procesal Civil Internacional Venezolano, Editorial Sherwood ; caracas 2004.-

providencias, no cabe contradicción. En estos casos los interesados pueden hacer valer sus derechos por separado, sin perjuicio de los efectos de lo ordenado en el ejercicio de la jurisdicción voluntaria, hasta que se aceptare la contradicción...

**Art. 5.-** La jurisdicción ordinaria se ejerce por los juzgados y tribunales comunes que desempeñan la Función Jurisdiccional.

De alguna manera aquí hemos solo hecho énfasis, en la llamada, Jurisdicción Contenciosa, por otra parte, encontramos, la Jurisdicción de Equidad, término este, utilizado para conceptuar el carácter permisivo, más no conflictivo, de dar a conocer una decisión, que no es parte de una controversia sino más bien, que va en búsqueda de dar una respuesta para alguna de las partes, no siempre quien la solicita. Para el Derecho Internacional Privado, dentro de su normativa la regulación de esta mal llamada Jurisdicción, crea la interrogante de si sólo en estos casos donde las partes lo soliciten los jueces arreglan con equidad los casos, cosa que no sólo es parte de la equidad sino función del Juez.

La Jurisdicción Voluntaria, en materia civil tienen por finalidad, casi siempre, dar solemnidad y autenticidad a un determinado acto o suplir, por medio de la autorización judicial, la incapacidad de una persona para realizar un determinado acto jurídico. En el caso de Derecho Internacional Privado se considera competente al Juez para conocer de ello, el del lugar del cumplimiento de la obligación o en su defecto el del lugar del hecho que motiva la intervención del Juez.

### LITIS PENDENCIA INTERNACIONAL

Interesa al Derecho Procesal evitar que más de un Juez o Tribunal conozcan de un mismo proceso, porque esta situación puede dar lugar a que se dicten fallos contradictorios sobre el mismo asunto, lo que resulta contrario a los fines superiores de la justicia, porque las certidumbres de los derechos que se pretende obtener con las decisiones judiciales resultaría negada, ello es la razón de que tanto el Derecho Procesal interno como en el internacional se admite la excepción de Litispendencia.

### Requisitos de la Litispendencia:

- a. Que ambos Jueces o Tribunales son competentes de acuerdo a su propia legislación
- b. Que haya identidad de personas, cosas y acciones

### COMPETENCIA PROCESAL INTERNACIONAL

En nuestro código de procedimiento civil, competencia está definida en el Art. 1, como la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de las cosas, de las personas y de los grados.

Con respecto al ámbito internacional, se han firmado convenios, donde se ha acordado y hasta atreveríamos a señalar que se ha negociado, los límites de la competencia. Por lo común, los Estados se reducen a señalar los casos en los cuales los Tribunales, deben conocer de procesos que contengan elementos extranjeros. Este conjunto de reglas recibe el nombre de Normas Sobre Competencia Internacional; se ha dicho que la competencia es la medida de la facultad jurisdiccional del Estado. Debemos señalar los siguientes argumentos para entender como está distribuida y respaldada la competencia procesal internacional, con respecto al Código de Procedimiento Civil y la Ley de Derecho Internacional Privado:

- a. El fuero del demandado domina el ejercicio de la acción en cuanto a competencia territorial. Ello salvo fijación de domicilio especial.
- b. Existe un caso especial de contrato mixto. Tal es el contrato de compraventa de inmuebles, pues participa de la naturaleza de la acción real y acción personal, pudiendo intentarse la acción en el domicilio del demandado o ante el Juez del lugar en donde este ubicado el inmueble.
- c. Plantea la norma la necesidad de abordar la temática del domicilio y su ubicación dentro de los límites interpretativos aplicables a las normas del Código Civil en la materia.

En el Código de Procedimiento Civil en el Art. 414 se expresa:

Las sentencias extranjeras se ejecutarán si no contravinieren al Derecho Público ecuatoriano o a cualquier Ley nacional y si estuvieren arregladas a los tratados vigentes.

A falta de tratados, se cumplirán si, además de no contravenir al Derecho Público o a las leyes ecuatorianas, constare del exhorto respectivo:

- a) Que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada, conforme a las leyes del país en que hubiere sido expedida; y,
- b) Que la sentencia recayó sobre acción personal.

### ESTUDIO ANALÍTICO Y OBSERVACIÓN JURÍDICA PERSONAL

El derecho procesal, en el Derecho Internacional Privado, les da a las personas el derecho de acudir a la justicia para exigir, que las normas reglen las relaciones entre los Estados, cuando ocurran conflictos de distintos ordenamientos jurídicos. Los conflictos de leyes al ser planteados ante las autoridades judiciales, conllevan un conflicto de jurisdicciones, lo que hace que este derecho, refleje su acción en el derecho procesal.

Los procesos civiles internacionales, permiten la interacción de dos o más entes, dentro de una relación de tipo jurídico, que necesariamente está amparada bajo la protección de un Estado el cual lo ejerce a través de su soberanía. Las leyes procesales le dan al Juez los medios y elementos necesarios para el desenvolvimiento del proceso pero es también verdad que no puede olvidarse el interés de los litigantes. El Derecho Internacional Privado, ha venido regulando a través de la aparición de nuevos contratos, el marco jurídico y la legalidad a medida que crecen los mercados financieros internacionales; estos mercados de productos financieros derivados, deben estar normalizados, para mantener una homogeneidad jurídica, que se verá reflejado en un Derecho Procesal, que es parte de los derechos naturales, como lo es la Igualdad Procesal

Las condiciones económicas que predominan en cada país dependen en gran medida, de lo que ocurra en la economía mundial. Esta se materializa en el Comercio Internacional, la producción global y las finanzas internacionales. Otros vínculos que hacen que la economía de distintos países se integre en una única economía mundial son las migraciones y la difusión de la tecnología. Todas estas fuerzas vinculan sus economías con una economía mundial, el resultado es homogéneo como lo demuestra el desigual crecimiento económico de los distintos países al permitir que algunos crezcan muy de prisa, mientras otros más bien se empobrecen.

Si tomamos en cuenta, los preceptos que maneja el código de procedimiento civil ecuatoriano, con respeto a la Equidad, para la solución de casos concretos, igualmente debemos remitirnos a la Convención Interamericana sobre Normas de derecho Internacional Privado (Montevideo 1978), donde igualmente se apoya esa tendencia de las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto. En dicha norma, también podemos darnos cuenta de la autorización que se le da al Juez, en ciertos casos, para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad.

Cabe añadir que es advertible que los enunciados procesos de integración regional son diferentes, en tanto diversos son sus objetivos y alcances, en consecuencia, también son diversos sus mecanismos e instrumentos de acción.

La primacía de los convenios es excluyente y deriva directamente de lo prescripto en la Constitución Política luego de su reforma en 2008, al expresar que los tratados y los concordatos tienen jerarquía superior a las leyes<sup>49</sup>.

Es por eso, que los comentarios tienen como objetivo, poner de manifiesto la aplicación de las Convenciones elaboradas en las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado CIDIP por parte de nuestros tribunales; y la posibilidad que éstos tienen de rehusar el cumplimiento de un exhorto o desconocer la eficacia

---

<sup>49</sup> Art. 163.- Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.

extraterritorial de un pronunciamiento foráneo cuando está en juego el orden público internacional ecuatoriano.

Se ha visto ya, que la cooperación internacional en la realización de la justicia llama la atención de los Gobiernos de los Estados Miembros de la OEA, encontrando su primera regulación en el seno de la Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado Panamá 1975 mediante la adopción de reglas comunes, para el cumplimiento y tramitación de los exhortos o cartas rogatorias entre los Estados Partes<sup>50</sup>.

Desde el punto de vista del ámbito de aplicación material, se aplica a materias civil o comercial, aunque el convenio faculta a los países ratificantes a declarar que dicho ámbito, se extiende a la tramitación de exhortos o cartas rogatorias que se refieran a materia criminal, laboral, contencioso-administrativo, juicio arbitrales u otras materias objeto de jurisdicción, en especial (art. 16). El auxilio comprende la realización de actos procesales de mero trámite, notificaciones, citaciones, emplazamientos o la recepción u obtención de pruebas e informes en el extranjero.

Quedan excluidos los actos que impliquen ejecución coactiva. Los exhortos o cartas rogatorias, que podrán ser tramitados por las propias partes interesadas, por vía judicial, diplomática, consular, o por la Autoridad Central designada<sup>51</sup>, deberán ir acompañados de la documentación en que se entregará al citado notificado o emplazado (v. gr. Copia autenticada de la demanda y sus anexos, y de los escritos y resoluciones que sirvan de fundamento a la diligencia solicitada; información escrita acerca de cuál es el órgano jurisdiccional requirente, etc.).

Asimismo, deberán ajustarse a las exigencias formales, procesales y sustanciales especificadas en el texto. Las primeras están destinadas a asegurar la autenticidad del instrumento legalización, individualización del tribunal exhortante; su comprensión,

---

<sup>50</sup> La Convención, que entró en vigencia el 16 de enero de 1976, ha sido ratificada por la República Argentina luego de su aprobación por ley 23.503 (B.O. 16/10/87). Depositaron también los respectivos instrumentos de ratificación: Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. En el año 1987 España depositó— el instrumento de adhesión. Inf. [www.oas.org](http://www.oas.org) del 8/02/05.

<sup>51</sup> Las vías diplomática o consular, a través de la Autoridad Central o por los tribunales de las zonas fronterizas, acreditan sin necesidad de legalización la autenticidad de las rogatorias remitidas por su intermedio.

traducción al idioma oficial del Estado requerido; y cumplimiento identidad del apoderado de la parte solicitante.

Dentro de las procesales corresponderá incluir la información de los términos de que dispone la persona afectada por la medida para actuar, las advertencias que le hiciere el órgano requirente sobre las consecuencias que entra a su inactividad, y la tramitación especial o la observancia de formalidades adicionales solicitadas por este tribunal. El requisito sustancial, alude a la causa tradicional de denegación de la solicitud por contrariedad con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro exhortado.

La atribución de las costas y demás gastos del trámite y cumplimiento de los exhortos o cartas rogatorias, correrán por cuenta de los interesados, pudiéndose obtener, sin embargo, el beneficio de pobreza conforme a las leyes del Estado requerido.

Finalmente, de modo expreso aclara que la prestación del auxilio, no implicará de manera definitiva el reconocimiento de la competencia del órgano jurisdiccional requirente, ni el compromiso de reconocer la validez o de proceder a la ejecución de la sentencia que dictare. Con la finalidad de fortalecer y facilitar la cooperación internacional en materia de procesos judiciales, en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana, celebrada en Montevideo en 1979, se adoptó el Protocolo Adicional a la Convención antes citada<sup>52</sup>.

El cuerpo normativo crea documentos y establece reglas procesales adicionales para facilitar la diligencia de los exhortos o cartas rogatorias bajo la Convención, con excepción de las actuaciones procesales para la recepción y obtención de pruebas en el extranjero.

Luego del sucinto examen del marco convencional, avanzaremos sobre las resoluciones pronunciadas por nuestros tribunales bajo el alero de esa normativa.

---

<sup>52</sup> El Protocolo vincula a Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Inf. [www.oas.org](http://www.oas.org) del 8/02/05.

Primera Sala de lo Civil y Mercantil, febrero 24-2000- “Garramone, Esteban I. y otro c. Solanet, Rodolfo y otro s/exhorto-

a) Los hechos y antecedentes del caso<sup>53</sup>

El Juez del Tribunal Superior del estado de California (EEUU-Condado de Orange), mediante exhorto, invocando la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, solicitó al tribunal ecuatoriano competente la recepción de una declaración testimonial a prestar por una persona llamada Mariana Solanet a través de un interrogatorio escrito. Presentado el exhorto en debida forma por los autorizados para su diligenciamiento, la juez a que designó audiencia a efectos de obtener la declaración de la testigo. En ese acto, la declarante manifestó su condición de hija del demandado, razón por la cual, el juzgado ecuatoriano a cargo del auxilio judicial internacional resolvió que: “En virtud de lo dispuesto por el art. 220 del Código Procedimiento Civil Ecuatoriano, que no autoriza la declaración como testigos de consanguíneos o afines en línea directa con las partes, salvo en caso de reconocimiento de firmas, y de conformidad con lo establecido por el art. 221 del Código de Procedimiento Civil, no procede la declaración de la testigo Mariana Solanet por lo que se excluye su testimonio”. El representante de la parte actora al fundar en la alzada su apelación sostuvo<sup>54</sup>: a) que el principio de cooperación judicial que inspira la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, debe prevalecer sobre lo dispuesto por el Art. 221; b) que el art. 2 del citado convenio no resuelve la cuestión...pues no se trata de un medio probatorio prohibido ni está en juego el orden público, pues Rodolfo Solanet no reviste el carácter de demandado, tal como podría considerarse para la ley ecuatoriana; c) que la testigo puede aportar elementos a la investigación judicial; d) que no medió oposición de los interesados; y e) que de acuerdo a lo establecido por el art. 8 de esta Convención, el cumplimiento del exhorto no implicará en definitiva el compromiso de reconocer la validez o de proceder en el futuro a la ejecución de la sentencia que se dictare. En su dictamen, el Ministro de la Corte se expidió a favor de la confirmación de la resolución apelada a tenor del Art. 2, apartado

---

<sup>53</sup> Publicado en el [www.Diario El Derecho.com](http://www.DiarioElDerecho.com) de 14 de setiembre de 2000, con nota a fallo de Raúl Alberto Ramayo “El auxilio judicial internacional ecuatoriano en materia de declaración de testigos”. Un desarrollo profundizado sobre este tema puede verse en Feldstein De Cárdenas, Sara L., Conocimiento y prudencia: dos virtudes reunidas en un fallo aleccionador, Colección de análisis jurisprudencial - Derecho Internacional Privado y de la Integración, Ed. La Ley, Bs. As., 2004, pp. 513/521.

<sup>54</sup> Debe señalarse que la ley 23.481 (B.O. 22/4/87) sólo aprueba la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero y consta de dos artículos, de los cuales el 2... es de mera forma. La disposición a la que alude el magistrado es el art. 2 del instrumento internacional, el cual exime al Estado requerido de diligenciar el pedido cuando fuere contrario a sus disposiciones legales. El convenio cuenta con la ratificación de Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Inf. [www.oas.org](http://www.oas.org) del 8/02/05.

primero, de la mencionada Convención, que dispone que no se cumplirá la diligencia solicitada en el caso de que fuere contraria a disposiciones legales en el Estado requerido que expresamente la prohíban. Asimismo, citó el art.5, según el cual los exhortos o cartas rogatorias relativos a la recepción u obtención de pruebas, se cumplirán de acuerdo con las leyes y normas procesales del Estado requerido; y el art. 16, que faculta a ese Estado a rehusar el cumplimiento del exhorto cuando sea manifiestamente contrario a su orden público. En consecuencia, haciendo mérito de la prohibición contenida en el Art. 221 de la ley procesal, que la misma se encuentra fundada en la preservación de la familia, siendo dicha prohibición absoluta y de orden público, no pudiéndose prescindir de ella aun mediando conformidad de partes.

#### b) Sentencia de la Cámara

El pronunciamiento de la Corte gira en torno a tres cuestiones esenciales:

Identificación de la fuente normativa a tener en consideración para la resolución del caso correspondiente

La Corte comienza declarando que no resulta aplicable al caso la Convención Interamericana, invocada por los representantes de los actores. Reconoce que el requerimiento de la cooperación judicial de otro país para obtener la declaración de un testigo queda comprendido dentro del ámbito material de aplicación de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, adoptada por la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado Panamá 1975 la cual ha sido aprobada por la ley 23.481, y luego ratificada por Ecuador. No obstante ello, concluye que ésta no resulta aplicable al supuesto por la falta de ratificación del país del magistrado requirente (EEUU).

La materia bajo tratamiento resulta, entonces, encuadrada en la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, producto, al igual que la anterior, de la actividad de la Primera Conferencia, la que ha sido ratificada por ambos Estados y, precisamente, fue el convenio invocado por el juez exhortante<sup>55</sup>. De acuerdo al alcance del texto convencional, éste se aplica a los instrumentos de cooperación judicial

---

<sup>55</sup> Conforme a las reservas hechas al ratificar la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, Estados Unidos asume las relaciones que se derivan de este tratado técnicamente con respecto a los Estados que hayan ratificado o se hayan adherido a esta Convención y a su Protocolo Adicional del año 1979, entre los que vimos se encuentra la República Ecuador

internacional, expedidos en actuaciones y procesos en materia civil o comercial por los órganos jurisdiccionales de los Estados Partes y que tengan por objeto: a) la realización de actos procesales de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero; b) la recepción y obtención de pruebas e informes en el extranjero, salvo reserva al respecto (art. 2).

**El art. 221 del Código Procedimiento Civil Ecuatoriano.-** Determinada la fuente normativa a tener en consideración para la resolución de la causa, la Corte se detiene a precisar los alcances que cabe asignar al impedimento legal para que puedan prestar declaración testimonial determinadas personas (art. 221). A tal fin, señala los tres aspectos que en materia de prueba suelen distinguir la doctrina y las normas del Derecho Procesal Internacional, con miras a determinar la ley aplicable a los mismos: la admisibilidad de la prueba y la apreciación o valoración probatoria, quedan sujetas a “...la ley de fondo que regula el acto jurídico materia de juicio”; mientras que la tramitación o diligenciamiento se rige por las reglas procesales del Estado requerido (*lex fori*)<sup>56</sup>.

Sobre esta base, la alzada considera que el citado art. 221 no debe ser atendido como Derecho Aplicable a la cuestión en que se trata de obtener en nuestro país una declaración testimonial a requerimiento de un tribunal estadounidense, porque el ámbito de aplicación de la ley procesal del juez ecuatoriano se encuentra limitado a lo que pueden denominarse como cuestiones procedimentales, y ciertamente éste “...es el ámbito a que se refiere el art. 10 de la Convención, bajo el claro título de Tramitación”. Por consiguiente, la admisibilidad de la testimonial de parientes de las partes, en línea recta, se rige por la ley extranjera que regula este aspecto.

**El art. 221 del Código Procedimiento Civil Ecuatoriano, la cooperación internacional y el orden público internacional ecuatoriano.-** La última cuestión se relaciona con la posibilidad de denegar el auxilio solicitado de acuerdo a lo dispuesto por el art. 17 de la Convención, que faculta al Estado requerido a rehusar el cumplimiento de un exhorto o carta rogatoria cuando sea manifiestamente contrario a

---

<sup>56</sup> Esa es también la solución contenida en los arts. 1 y 2 de los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940. El primero fue ratificado por Argentina, Bolivia, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay; Colombia adhirió. El segundo ha sido ratificado por Argentina, Ecuador, Paraguay y Uruguay; entre estos Estados sustituye al Tratado anterior de 1889.

su orden público. La Corte considera que el art. 221 del Código Procesal es una disposición de orden público, que consagra la prohibición legal para que determinadas personas puedan ser ofrecidas como testigos. Esta conclusión la lleva a examinar si el principio de protección de la armonía y solidaridad familiar, que informa el impedimento legal contenido en dicho artículo, puede catalogarse también como un principio de orden público internacional. De esa calificación derivan distintas consecuencias: en el primer supuesto, la norma no puede ser derogada por la voluntad de las partes; en el segundo, el tribunal requerido estaría facultado a rechazar la aplicación de la legislación extranjera; a denegar el reconocimiento o ejecución de sentencias de ese origen; o el cumplimiento de actos de auxilio judicial internacional.

El tribunal descarta la última posibilidad, por cuanto sostiene que no existe en el Derecho del Foro una norma que acuerde al art. 221 la característica de ser una disposición de orden público internacional; y que la tendencia de la más moderna legislación internacional es concebir a esta excepción, no como disposición sino como un conjunto de principios básicos del ordenamiento del foro. A renglón seguido añade, que la concepción de orden público internacional “...como característica de disposiciones se encuentra, salvo precepto legal expreso, en franca retirada en el Derecho Comparado y en la opinión de los autores iusprivatistas<sup>57</sup>, destacando su excepcionalidad para casos de indispensable defensa de principios absolutamente necesarios del ordenamiento, por lo que sólo cabe acudir a ella en casos extremos. Además, la incompatibilidad de la legislación extranjera con el ordenamiento del foro debe ser “manifiesta”, según lo dispuesto por el art. 17 de la Convención de cuya aplicación se viene tratando. La alzada resalta la inexistencia de una norma o criterio unánime en el país, habida cuenta de su organización federal y la facultad reservada a los Estados para legislar en materia procesal. Es por ello que, parafraseando a Werner Goldschmidt este manifiesta que: “...ninguna norma extranjera infringe el orden público, si análoga norma se encuentra admitida en el Derecho Constitucional donde lo hubiere”<sup>58</sup>. En relación específica con el auxilio judicial internacional, al examinar cuestiones vinculadas con el orden público, sigue al mismo autor que dice no creer que tomar declaración a un testigo pariente en línea recta de una de las partes lo

---

<sup>57</sup> CNCiv., sala I, abril 20, 1995, Martov, Samuel s/sucesión ab-intestado, apar.VII-segundo párrafo, ED, 162-598.

<sup>58</sup> Goldschmidt, Werner, Suma de Derecho Internacional Privado, 2... ed., p. 99.

conculque<sup>59</sup>. Sobre la base de estos razonamientos, la Corte considera que la producción de la prueba testimonial solicitada por el juez estadounidense, no es contraria, de manera manifiesta, al orden público internacional ecuatoriano, por lo que resuelve revocar la resolución del a quo y devolverle los autos.

### Importancia e implicación del fallo

La Corte llama la atención, que en el seno de la Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, exista una superposición de reglamentación en materia probatoria, pues resulta injustificable haber incluido el tema de la recepción y obtención de pruebas e informes en el extranjero en la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, debido a que la materia había sido objeto de un régimen específico en un tratado independiente. Con incuestionable acierto, apunta en palabras de Parra Aranguren<sup>60</sup>, que esta superposición, fruto del apresuramiento y ausencia de un análisis coordinado de los diversos proyectos en el ámbito de la CIDIP I, constituye una innecesaria fuente de dificultades.

En un contexto internacional que tiende a la integración en el terreno jurídico por la ratificación de convenios internacionales, sobresale la particular preocupación que revela la Corte Suprema de Justicia por resaltar el carácter excepcional del orden público internacional. En efecto, si bien reconoce que el orden público aparece como un principio necesario del que no puede prescindirse, destaca su excepcionalidad para casos de indispensable defensa de principios absolutamente necesarios del ordenamiento del Estado requerido. Asimismo, advierte que dicha incompatibilidad no funciona en cualquier grado sino que debe ser manifiesta, ya que esta exigencia constituye un criterio común acogido por otros instrumentos internacionales.

**Primera Sala de lo Civil y Mercantil Corte Suprema de Justicia del Ecuador, agosto 25-1998, “N., S.R. y O.R.M. s/divorcio”**

---

<sup>59</sup> Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 5... Ed., Depalma, Bs. As., 1985, p. 479.

<sup>60</sup> Parra Aranguren, Gonzalo, *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1982, ps.337/8.

La receta de este fallo procura brindar otro ejemplo en el que los tribunales ecuatorianos analizan el ámbito material de aplicación de los convenios internacionales, en orden a identificar la fuente normativa aplicable al caso concreto.

**a) Los hechos y antecedentes del caso**

En la sentencia de divorcio los cónyuges acordaron todo lo relativo a la tenencia del hijo menor, régimen de visitas, alimentos y liquidación de la sociedad conyugal. Ante el incumplimiento de lo convenido en materia alimentaria y la pasividad demostrada por el padre del menor, se lleva a cabo el apercibimiento mediante la traba de un embargo sobre los fondos que pudieran existir en la cuenta de titularidad o cotitularidad del alimentante en el Bank of América EEUU y la retención y depósito directo en autos de una suma de dinero en concepto de alimentos. Con el propósito de efectivizar la medida dispuesta, se ordena el libramiento de un exhorto diplomático conforme a lo establecido en el art. 2 inc a) de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias<sup>61</sup>. Asimismo, se dispuso el libramiento de una rogatoria en los términos del inc. b) del antedicho artículo para requerir al “Internal Revenue Service Center”, que informe si el demandado es titular o cotitular de cuentas corrientes, cajas de ahorro, de depósito, acciones, bonos, todo valor o bien que pudiera encontrarse a su nombre (art. 2, inc. b). El exhorto librado con motivo del embargo antes referido fue devuelto, porque en atención a lo informado por la Autoridad Central del país requerido, no era posible cumplimentar lo solicitado por ir “...más allá del tipo de asistencia legal que se puede proveer bajo la ley y la práctica de los Estados Unidos de América”. Por lo tanto sugiere contrate los servicios de un abogado de tal jurisdicción. La información solicitada por el segundo de los exhortos señalados, no fue brindada por “una cuestión de confidencialidad”. Frente a ello, la actora pretende el libramiento de un nuevo exhorto, a través del cual se perseguía la traba de la medida cautelar ordenada sobre los fondos existentes en la cuenta referenciada.

En orden a fundamentar su petición cita también, la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares adoptada por la CIDIP II en la ciudad de Montevideo en el año 1979<sup>62</sup>; la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución en el

---

<sup>61</sup> Ver nota 6.

<sup>62</sup> La Convención ha sido ratificada por la República Argentina luego de su aprobación por ley 22.921 (B.O. 27/9/83). También la ratificaron: Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú y Uruguay. Inf. [www.oas.org](http://www.oas.org) del 8/02/05.

Extranjero de la Obligación de Prestar Alimentos<sup>63</sup>; y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. La resolución negativa del juez a quo, motiva el recurso que en representación de su hijo menor interpone la demandante.

#### **b) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia**

Identificación de la fuente normativa a tener en consideración para la resolución del caso correspondiente. El tribunal resolvió confirmar el pronunciamiento que rechaza la pretensión de la actora, a fin de que se librara un nuevo exhorto a los mismos fines y efectos que el devuelto. En tal sentido, sostuvo que el objeto de la medida pretendida quedaba fuera del ámbito de aplicación de la citada convención, ya que no se trataba de un acto procesal de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos (art. 2, inc. a); y porque se establece una expresa prohibición respecto a actos que impliquen ejecución coactiva (art. 3).

No obstante, descartar la aplicación de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución en el Extranjero de la Obligación de Prestar Alimentos a causa de la falta de ratificación de Estados Unidos de Norteamérica, considera que dicha normativa no modificaba lo expuesto. El Preámbulo expresa que su finalidad, es establecer los medios conducentes para resolver las graves dificultades legales y prácticas que suscita la ejecución en el extranjero de decisiones relativas al cumplimiento alimentario.

Pero ello, no autoriza a disponer la reiteración de una cuestión que ya fue contemplada en el país requerido. Cuyo resultado, es el comunicado por la Embajada de la República de Ecuador en los Estados Unidos. Con respecto a la invocada Convención sobre los Derechos del Niño, la Cámara concluye que no será aplicable por haber excedido el menor la edad dieciocho años, que es el límite de protección que el texto establece al principio de su articulado. Asimismo afirmó, que la citada Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, ha sido ratificada por la República de Ecuador, más lo cierto es que no lo fue por los Estados Unidos de América. Atento a que no se advierte que por el hecho de reiterar lo solicitado, se pueda obtener una respuesta distinta a las brindadas con motivo de las rogatorias anteriores, se decidió confirmar lo resuelto por el magistrado de grado.

---

<sup>63</sup> A través de la ley 17.156 (B.O. 10/11/67) se autoriza la adhesión a la Convención adoptada por la Conferencia de la ONU reunida en la ciudad de Nueva York en 1956.

## CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LAS SENTENCIA Y LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS.

En esta ocasión, abordaremos el tema referido a los efectos que pueden desplegar las decisiones pronunciadas en otro Estado que resuelven asuntos que afectan a particulares o sujetos que actúan en calidad de tal. Se trata de decidir si se acepta o no la solución que a una determinada cuestión ya ha proporcionado una autoridad extranjera.

No podemos dejar de señalar que la ausencia de reconocimiento de dichas resoluciones, perjudicaría la continuidad en el espacio de las soluciones jurídicas, convirtiéndose en soluciones claudicantes validas exclusivamente en el territorio del país en que han sido dictadas e inválidas fuera del mismo<sup>64</sup>, lo que importaría la negación del objeto y función del Derecho Internacional Privado: la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio<sup>65</sup>.

El sistema argentino, colombiano o ecuatoriano y otros, sobre la eficacia extraterritorial de sentencias extranjeras cuenta con una pluralidad de regímenes jurídicos: a) Convenios multilaterales generales, cuyas disposiciones son aplicables a un conjunto amplio de materias; b) Convenios bilaterales; c) Acuerdos elaborados en el marco del proceso de integración económica; y d) Régimen de producción interna. Cuando al juez nacional se le solicita el reconocimiento y ejecución de una decisión extranjera, esta pluralidad de regímenes le plantea la necesidad de determinar cuál es el convenio aplicable al caso concreto, pues ya tuvimos la oportunidad de advertir que solo podría apelar a la normativa interna en defecto de regulación convencional.

Para resolver el conflicto entre tratados sucesivos concernientes a la misma materia, se estaría lo dispuesto por las cláusulas de compatibilidad contenidas en sus textos respectivos<sup>66</sup>, y a la aplicación del convenio más favorable a la eficacia de la sentencia. Por ejemplo, el art. 35 del Protocolo de Leñas, de 1992<sup>67</sup> establece que no restringirá las

---

<sup>64</sup> Calvo Caravaca, Alfonso L... y Carrascosa González, Javier, *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Editorial Comares, Granada, 1997, p. 470

<sup>65</sup> Fernández Rosas, José Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, Primera Edición, Civitas, Madrid 1999, p. 253.

<sup>66</sup> Conf. art. 30. 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969

<sup>67</sup> A través del Protocolo los Estados Parte —Argentina, Brasil, Ecuador, Venezuela, Paraguay y Uruguay— se comprometen a prestarse asistencia mutua y amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa (art. 1).

disposiciones de las convenciones que sobre la misma materia hubieran sido suscritas anteriormente entre los Estados Partes, en tanto no lo contradigan.

Cabe, entonces, aludir a la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, adoptada por la Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, en la ciudad de Montevideo, en el año 1979, que vincula a los cuatro Estados del bloque regional, aunque es dable advertir que en pocos supuestos podrá hacerse efectiva tal salvedad ya que los legisladores de la integración la tomaron como modelo<sup>68</sup>. Tampoco se puede perder de vista que la Convención tiene un ámbito de aplicación más restringido, por cuanto excluye la materia administrativa contemplada por aquel.

Así, es posible observar que desde los Tratados de Derecho Procesal de Montevideo de 1889 y 1940 que sólo comprendan los asuntos civiles y comerciales<sup>69</sup>, progresivamente se fue ampliando a los pronunciamientos dictados en procesos laborales, administrativos e inclusive penales en materia de reparación de daños y restitución de bienes (art. 18 del Protocolo de Leñas).

Ante la ausencia de cláusulas de compatibilidad, las relaciones entre los Estados que son parte de los convenios sucesivos sobre la misma materia, se rigen por la regla de la temporalidad, esto es, prevalece el posterior sobre el tratado anterior, cuyas disposiciones se aplicaron únicamente en la medida que sean compatibles con las del tratado posterior<sup>70</sup>.

En líneas generales, los acuerdos internacionales prescriben similares condiciones formales, procesales y sustanciales a ser verificados por el juez requerido para conferir eficacia dentro de su territorio a las resoluciones jurisdiccionales pronunciadas en otro Estado Parte.

Con relación a los recaudos formales que deben cumplir la sentencia y la documentación anexa autenticidad, traducción si correspondiere y legalización

---

<sup>68</sup> Se alejan de la Convención cuando suprimen: a) la exigencia de la legalización, al prever la tramitación vía Autoridad Central; b) que el demandado sea notificado o emplazado de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia deba surtir efectos; y c) cuando añaden la excepción de litispendencia y cosa juzgada.

<sup>69</sup> La reforma introducida en 1940 incluye— los asuntos contenciosos-administrativos (art. 3).

<sup>70</sup> Conf. art. 30. 3 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

también se han operado cambios dirigidos a acelerar el trámite, por ejemplo, en el Protocolo de Leñas la legalización no resulta exigible porque se ha convenido que la tramitación sea realizada a través de las autoridades centrales (art. 2).

Desde el perfil de los requisitos procesales, el régimen convencional e interno coinciden en exigir que el tribunal sentenciador tenga jurisdicción en la esfera internacional, para conocer y juzgar en el asunto “de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efectos”<sup>71</sup>.

En la medida que se controla a tenor de los criterios atributivos de jurisdicción directa del foro de reconocimiento y no del ordenamiento del cual proviene la sentencia, surge con nitidez la adhesión a la doctrina bilateralista, como método de control de la jurisdicción internacional extranjera<sup>72</sup>.

Junto a esta condición, se mencionan la notificación en debida forma legal y con tiempo suficiente para que el demandado pueda organizar su defensa en el proceso desarrollado en el Estado de origen; y el carácter de ejecutoriada o fuerza de cosa juzgada que debe revestir la decisión.

Finalmente, en iguales o parecidos términos, se establecen los motivos de denegación del reconocimiento o de la ejecución:

- a) la incompatibilidad de la sentencia con otra pronunciada con anterioridad o simultáneamente en el Estado requerido, entre las mismas partes, sobre la misma causa e identidad de objeto<sup>73</sup>.
- b) el carácter manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido de reconocimiento o ejecución. A diferencia de la anterior condición, es un principio que se reitera en la legislación internacional e interna.

---

<sup>71</sup> Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, art. 5, inc. a); CIDIP de 1979, art. 2, inc. d); Protocolo de Las Leñas, art. 20, inc. c); Corresponde dejar en claro que la mencionada Convención Interamericana es un convenio simple, porque sólo fija las reglas de reconocimiento de las decisiones judiciales. Es por ello, que para lograr una eficaz aplicación de su art. 2 inc d), la Convención sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras que establece un marco normativo con el fin de evitar conflictos de competencia entre sus Estados Parte. Conviene también señalar que esta aspiración se ha prolongado en el tiempo, pues cuenta con una única ratificación —México— y aún no entra en vigencia. Inf. [www.oas.org](http://www.oas.org) del 8/02/05.

<sup>73</sup> Protocolo de Las Leñas, art. 22; Código Procesal Civil Los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, ni la Convención Interamericana de 1979 contemplan este presupuesto del reconocimiento y del exequatur.

La intensificación de las relaciones internacionales, producto del desarrollo de los medios de comunicación en el mundo que facilitan el desplazamiento de personas y bienes, la celebración de contratos a distancia, vía fax, internet, etc., así como la creciente interdependencia social y económica de los Estados, ha dado lugar a la integración de éstos en un ente político y organizativo diverso, y conllevan la necesidad de profundizar la cooperación jurídica internacional para llevar a buen término un proceso en el que se sustancia una situación de tráfico jurídico externo. A través de la reseña de las sentencias seleccionadas, procuramos destacar la colaboración que existe entre nuestros tribunales y los órganos judiciales extranjeros, desde la solicitud para diligenciar una prueba, pasando por el pedido de trabar un embargo que debía efectivizarse fuera del territorio nacional, hasta llegar al reconocimiento y ejecución de una sentencia pronunciada en otro Estado.

Ahora bien, el deber de cooperación, que aparece como el mejor reconocimiento hacia la diversidad de los órdenes jurídicos y hacia el respeto por el Derecho Foráneo<sup>74</sup>, tiene ciertas salvaguardas, entre ellas, agazapada y al acecho se encuentra siempre la excepción de orden público internacional.

Los textos interamericanos contienen expresamente esta cláusula de reserva que “es en definitiva, el orden público del foro, el conjunto de principios fundamentales e inderogables por voluntad de las partes, en que se asienta el orden jurídico local y que el juez que entiende en la causa debe invocar y utilizar para excluir la aplicación de un Derecho Extranjero... que resulta lesivo a tales principios”<sup>75</sup>.

En un contexto internacional que tiende a la integración, resulta necesario evitar invocaciones abusivas del orden público que se traduzcan en inmotivadas causas de rechazo del auxilio judicial solicitado, puesto que resulta sumamente peligrosa esta facultad en tribunales naturalmente inclinados a la aplicación de sus propias leyes materiales.

---

<sup>74</sup> Operti Badan, Didier, La asistencia judicial internacional. Un enfoque general. últimos desarrollos en el ámbito penal, en Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario, obra dirigida por Ángel Landoni Sosa, Fundación de Cultura Universitaria, Universidad de la República de Montevideo, 1997, pp. 133/147.

<sup>75</sup> Kaller Orchansky, Berta, Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado, Ed. Plus Ultra, Bs.

# CAPÍTULO IV

## REGULACIÓN JURÍDICA DE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

### HACIA UNA NECESARIA REFORMA EN LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE INSOLVENCIA INTERNACIONAL

Es de destacar que del hecho de que las personas posean un patrimonio internacionalmente disperso, ocasiona que las relaciones jurídicas que tengan sus bienes por objeto puedan estar sometida a la regulación de distintos ordenamientos jurídicos por imperio de la *lex rei sitae* o *lex situs*.

Producido entonces el estado de insolvencia ¿es conveniente modificar el régimen jurídico de dichos bienes?, ¿debe prevalecer el principio de la *pars conditio creditorum*, sobre las expectativas originarias de los acreedores locales?, ¿es conveniente el sometimiento del proceso falencial a una ley única?, ¿la unidad de ley aplicable, es sinónimo de extraterritorialidad?, ¿el principio de territorialidad implica la protección de las soberanías nacionales?

Estos interrogantes, y muchos otros se plantean frente a la quiebra e intentan ser resueltos por la doctrina, mediante la adopción y defensa de teorías antagónicas. La Pluralidad, que conlleva a que se abran tantos procesos y se apliquen tantas leyes como bienes existan en distintos territorios. Y la Unidad de la quiebra, en cambio, que implica el sometimiento a una única ley, bajo una única jurisdicción.

### EL ROL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

A su turno, en consideración a la actuación cada vez más frecuente de la actividad transnacional de las personas jurídicas, reafirmamos que dichas cuestiones no

incumben únicamente al derecho comercial, sino que son materia de estudio, análisis y regulación del Derecho Internacional Privado.

La insolvencia acaecida en un territorio con repercusión más allá de sus fronteras, generan problemas no tan simples de ser resueltos, como por ejemplo: la determinación del juez competente, los efectos de la declaración de quiebra sobre los bienes del deudor fuera de la jurisdicción en donde tramita el proceso falencial, los efectos de la sentencia de quiebra en relación a los acreedores extranjeros, las consecuencias de los actos jurídicos celebrados por el deudor en extraña jurisdicción a la de la quiebra y la ley, aplicable tanto al fondo de la cuestión como así también en torno al procedimiento y en este punto cobra trascendencia la adopción o no, por parte de los derechos nacionales de mecanismos de salvataje corporativo.

En este especial contexto, aparece el Derecho Internacional Privado, como instrumento insustituible en materia no sólo de armonización internacional, sino también de integración jurídica. Nunca nos cansaremos de repetir que esta disciplina está llamada, dentro de los procesos de integración, entre otros, a contribuir como marco regulador e interpretativo y como instrumento imprescindible, para el logro de la armonización de las legislaciones de los países que conforman un esquema determinado de integración.

Existen valiosos esfuerzos de armonización legislativa sobre la temática que nos ocupa en esta oportunidad, a tal efecto la suscripción de Convenciones, Tratados y Acuerdos Internacionales, no debiendo olvidar que igualmente siempre podremos valernos de las respectivas Normas de Derecho Internacional Privado, de cada uno de los Sistemas Jurídicos implicados a la hora de encontrarnos ante la imperiosa necesidad de brindar una respuesta sobre insolvencia internacional.

De las mencionadas experiencias de armonización legislativa en la materia, no podemos dejar de citar en América a los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, que reconocen los efectos de la declaración de quiebra en el territorio de un país en los demás Estados Parte, regulando un período de publicación de edictos a fin de denunciar la declaración de la quiebra en aquellos Estados Parte, donde el deudor posea bienes, como así también

se admite la ejecutabilidad de toda medida preventiva, dictada por el juez competente de la quiebra en todo Estado Parte donde existan bienes del deudor.

Vemos que los Tratados de Montevideo regulan un sistema de reconocimiento extraterritorial del estado de insolvencia, previendo la tramitación de un juicio único y el sometimiento a una única ley tanto procesal como sustancial (la del domicilio del deudor), pero también admiten la tramitación de juicios plurales que, –motivados por el reconocimiento extraterritorial del estado de falencia- quedarán sometidos a la *lex fori*.

Así, bien podemos llamar a la reflexión sobre si en materia de insolvencia internacional y particularmente, en la búsqueda de procedimientos o mecanismos tendientes a prevenir o evitarla, resulta necesaria, se exige, iniciar una tarea armonizadora.

### EFFECTO DE LA DECLARATORIA DE CONCURSO O QUIEBRA EN EL DERECHO EXTRANJERO

"Según el artículo 4º del Código Sánchez Bustamante, la declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país... De este modo, una declaración de concurso oriunda de la jurisdicción del domicilio extranjero es causal de apertura del concurso aquí."<sup>76</sup>

Continúa ampliando Boggiano: "La declaración de concurso en el extranjero solo cabe reconocerle eficacia causante de apertura en la Argentina, si tal declaración no lo es respecto de una sociedad local argentina, o sea domiciliada en nuestro país o con explotación exclusiva aquí, artículo 124 de la Ley Nº 19.550".<sup>77</sup>

El artículo 417 del Código de Sánchez Bustamante de Derecho Internacional Privado, señala que el auto de declaratoria de quiebra o concurso dictado en uno de los Estados contratantes, se ejecutará en los otros en los casos y formas establecidos en este Código

---

<sup>76</sup>. Boggiano, Antonio, op. cit. p.p. 910-911.

<sup>77</sup>. Boggiano, Antonio, op. cit. p. 912.

para las resoluciones judiciales; pero producirá desde que quede firme, y para las personas respecto de las cuales lo estuviere, los efectos de cosa juzgada."<sup>78</sup>

### EFFECTO EN EL EXTRANJERO DE LA DECLARATORIA DE CONCURSO O QUIEBRA EN ECUADOR

Boggiano (autor argentino), en su análisis del caso argentino nos señala: "Es evidente que la eficacia de reconocimiento o ejecución de sentencias argentinas de quiebra en el extranjero depende del derecho extranjero ante el cual se pretenden aquellos efectos."<sup>79</sup>

Es importante mantener frescas, para el estudio de la eficacia de las resoluciones, las situaciones como la cuestión previa, la competencia de jurisdicción, el reenvío reglas de raquet internacional de 1er, 2do y 3er grado, el orden público Internacional y el fraude de ley, el Juez debe conocer y aplicar la *lex causae*, pero esta ley debe permitir al juez que busque y fundamente con argumentos sólidos la sentencia, a efectos de la búsqueda de su eficacia extraterritorial, además deben observarse las normas de tratados internacionales vigentes (debidamente aprobados y ratificados por los estados) para que la declaratoria de concurso o quiebra surta todos los efectos jurídicos requeridos.

De esta forma y aplicando las normas del Código de Bustamante la situación se resuelve integrando los Art.- 414, 415 y 423 del citado cuerpo legal.

Su transcripción ayudará en la citada solución:

Artículo 414. - Si el deudor comercial concursado o quebrado no tiene más que un domicilio civil o mercantil, no puede haber más de un juicio de procedimientos preventivos de concurso o quiebra, o una suspensión de pagos, o quita y espera, para todos sus bienes y todas sus obligaciones en los Estados contratantes.

---

<sup>78</sup>. Sánchez de Bustamante, op. cit. p. 278.

<sup>79</sup>. Boggiano, Antonio, op. cit. p. 913.

Artículo 415. - Si una misma persona o sociedad tuviere en más de un Estado contratante, varios establecimientos mercantiles enteramente separados económicamente, puede haber tantos juicios de procedimientos preventivos y de quiebra como establecimientos mercantiles.

Artículo 423. - Toda sentencia civil o contencioso-administrativa dictada en uno de los Estados contratantes, tendrá fuerza y podrá ejecutarse en los demás si reúne las siguientes condiciones:

1. - Que tenga competencia para conocer del asunto y juzgarlo, de acuerdo con las reglas de este Código, el juez o tribunal que la haya dictado.
2. - Que las partes hayan sido citadas personalmente o por su representante legal, para el juicio.
3. - Que el fallo no contravenga el orden público o el derecho público del país en que quiere ejecutarse.
4. - Que sea ejecutorio en el Estado en que se dicte.
5. - Que se traduzca autorizadamente por un funcionario o intérprete oficial del Estado en que ha de ejecutarse, si allí fuere distinto el idioma empleado.
6. - Que el documento en que conste reúna los requisitos necesarios para ser considerado como auténtico en el Estado de que proceda, y los que requiera para que haga fe la legislación del Estado en que se aspira a cumplir la sentencia.<sup>80</sup>

Antonio Sánchez de Bustamante como redactor y colaborador de este cuerpo normativo, al respecto nos señala:

"La primera de todas debe ser indudablemente la relativa a que resulte competente el juez o tribunal de que la sentencia proceda. Esa competencia puede y debe apreciarse en dos sentidos, porque es indispensable que aparezca para el juzgador de sus leyes nacionales y para el país que la ejecuta de su propio derecho.

---

<sup>80</sup>. Código de Derecho Internacional Privado, artículos 414, 415 y 423. Compilación anotada por F.V. García Amador, publicación de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. R.O.S. No.- 1202 el 20 de agosto de 1960, Sánchez Bustamante Antonio Código de Derecho Internacional Privado. Editorial Jurídica del Ecuador, 2004, pag. 112.-

La incompetencia con arreglo a cualquiera de las dos legislaciones debe impedir que se acceda al cumplimiento internacional de la sentencia. Cuando esas reglas de competencia se hallan establecidas para ambos países por un acuerdo entre ellos, como sucede en el Código de Derecho Internacional Privado, el problema se simplifica porque las disposiciones de ese Código respecto del asunto son las únicas a que debe atenderse.

Otra contradicción se refiere al hecho de la citación de las partes, de modo que se les haya oído u otorgado expresa y prácticamente el derecho de hacerse oír antes de la resolución dictada o con anterioridad al momento legal en que haya quedado firme. Sin eso, falta a la sentencia una de sus más importantes garantías. Obsérvese, no obstante, que hemos evitado una fórmula muy corriente, la de que el fallo no se haya dictado en rebeldía.

Citada debidamente la parte interesada, a nadie sino así misma puede imputar lo que le ocurra si deja de comparecer, y es preciso que no quede en sus manos, después de citada, la autoridad internacional del fallo, de tal modo, que logre suprimirla por el hecho voluntario de no acudir en tiempo y forma al llamamiento judicial.

También es preciso que el fallo no se oponga al orden público internacional en el país donde se solicita su cumplimiento. El respeto a la autoridad extranjera, así legislativa como judicial, no puede llegar hasta el punto de que borre o inutilice los fundamentos cardinales en que descansa la organización nacional del Estado.

La sentencia además tiene que ser ejecutoriada en el país donde se dictó, puesto que resultaría absurdo poderla cumplir en el extranjero y no en el lugar de que procede. Y ese cumplimiento requiere su traducción al idioma del primero y, aunque sea el mismo del segundo, las garantías de autenticidad indispensables, que se detallarán más adelante.<sup>81</sup>

### **Continúa ampliándonos Bustamante:**

"La tramitación de la solicitud de exequátur puede conducir en definitiva a dos resultados completamente distintos, el de que se otorgue o el de que se deniegue. Si sucede lo primero la situación es muy clara, porque la sentencia se cumple por los trámites establecidos para

---

<sup>81</sup>. Sánchez de Bustamante, op. cit. p.p. 291-292.

sus propias resoluciones judiciales por el país que la acepta. En el segundo caso la resolución pone término al asunto y obliga a devolver la sentencia al que la ha presentado, si obedece a motivos de fondo; pero si se tratase de dificultades de forma hay que reconocerle el derecho a subsanarlas, reproduciendo y tramitando de nuevo su petición.

Nada dicen sobre esto el Tratado de Lima y el de Montevideo. Los imitan los Proyectos de la Conferencia Boliviana y de la Comisión de Jurisconsultos en 1912, aunque Rodríguez Pereira, en su artículo 84, después de prohibir al juez territorial que modifique, altere, derogue, sustituya o anule la sentencia, lo autoriza para declarar que no puede ser ejecutada si comprobare que es notoriamente injusta o manifiestamente nula.

En cuanto a la negativa y sus efectos podemos citar dos autos importantes de nuestra Corte Nacional de Justicia antes Corte Suprema de Justicia. Uno de ellos, el 11 de septiembre de 1901, dice que la negativa del exequátur a una sentencia extranjera no obsta a que las partes interesadas en que dicha sentencia se cumpla puedan solicitar y obtener de los tribunales de Cuba la declaración y guarda de los derechos que esencialmente les hayan sido reconocidos o declarados, y el conveniente auxilio para que los mismos surtan sus efectos, siempre que lo uno o lo otro lo hagan valer o lo reclamen de conformidad con las leyes vigentes en la República y por el procedimiento adecuado establecido legalmente en la misma.

En otro auto, de 31 de marzo de 1904, se consignó que el dictado de un juzgado de España que sólo contiene una declaración de herederos abintestato, destinado por su naturaleza y por el único pronunciamiento que contiene, a justificar la personalidad como tales herederos de las personas a quienes se refiere, no puede considerarse como sentencia dictada por tribunal extranjero, de aquellas cuya ejecución en Cuba deben pedirse ante la Corte o Tribunal Supremo, y, por consiguiente, es indudable que no corresponde a dicho tribunal resolver respecto a las peticiones referentes a la entrega de bienes del causante de la herencia que funde en el carácter de herederos que dicho auto haya discernido, porque no puede decirse que, en rigor, resolver sobre dicho particular sea cumplir el mencionado auto puesto que éste no ordena concretamente lo que el postulante solicita, ni contiene pronunciamiento que, para cumplirse, obligue a acceder a lo pedido ni a practicar diligencia alguna distinta a la propuesta.

EVALUACIÓN REFLEXIVA DE LAS NORMAS EN MATERIA DE INSOLVENCIA INTERNACIONAL DEL PROYECTO DE CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

En primer lugar, el Proyecto de convertirse en ley derogaría las siguientes reglas:

- De la preferencia local de los acreedores locales, que implica que los titulares de los créditos pagaderos en el extranjero y que pertenecen a un concurso extranjero, son postergados y subordinados a los demás créditos locales en el procedimiento de quiebra abierto en la República.
- De la reciprocidad, que implica establecer las condiciones de admisibilidad en la quiebra y en el concurso preventivo ecuatoriano, del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero, en una nueva Ley Concursal de Quiebras.
- De la territorialidad de la sentencia concursal extranjera. Según esta regla el concurso extranjero no puede ser invocado para disputar los derechos de los acreedores locales sobre los bienes existentes en la República del Ecuador, ni para anular los actos celebrados en la República del Ecuador.
- De la paridad de los dividendos, que obliga a los acreedores que percibieron su crédito parcialmente en el extranjero a traer lo cobrado a la quiebra ecuatoriana, para evitar que se transgreda la regla de paridad de los acreedores que debe ser incluida en la Ley Concursal de Quiebras en Ecuador.

No dudamos que la derogación de las denominadas preferencias locales marcaría la más destacable como sustancial diferencia con el régimen actual, dejando atrás una regla que viene desde los orígenes mismos de las leyes concursales argentinas. Mas no alcanza.

La determinación de la preferencia de cobro de los créditos locales sobre los bienes existentes en el país, tiene como fundamento que al momento de contratar los acreedores tienen en consideración particular y especial el patrimonio local y a su

tiempo conocido del deudor, y que rara vez han previsto como garantía del crédito los bienes situados en el extranjero que, probablemente ni siquiera conocen.

Todas estas cuestiones, objetadas por nuestra parte antes de ahora, en cuanto a la quiebra internacional se refiere si ella se produjo en un espacio integrado, como así también, ante la existencia de un acuerdo internacional; se encuentran justificadas cuando están dirigidas a prever o regular situaciones dentro del El artículo 429 del Código de Derecho Internacional Privado de Sánchez Bustamante, dice que si se deniega el cumplimiento se devolverá la ejecutoria al que la hubiese presentado; pero, según el 430, cuando se acceda a cumplir la sentencia, se ajustará su ejecución a los trámites determinados por la ley del juez o tribunal para sus propios fallos".<sup>82</sup>

En su caso la aplicación de la norma indirecta implicaría "dar un salto al vacío", frente al desconocimiento del régimen a aplicar por imperio de la norma de conflicto, por cuanto es conveniente dotar a los empresarios y acreedores locales (a través del ordenamiento jurídico nacional) de la protección suficiente que garantice su igualdad de trato -no sólo en la letra de la ley - sino en los hechos.

A su turno, en razón del reenvío interno efectuado para el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de las sentencias extranjeras, consideramos que los mismos dependerán de que la sentencia provenga de algún Estado vinculado por convenciones internacionales o regionales, o en su defecto su sometimiento a los códigos procesales del Ecuador.

No nos parece criteriosa la "habilitación" legal expresa al empleo de decretos de necesidad y urgencia, que implicaría dejar en manos del poder ejecutivo legislar sobre algunos aspectos de la ley de concursos.

Agregaremos que la parquedad de las normas proyectadas, la falta de previsión legislativa, la insuficiencia de sus soluciones, nos hace pensar que el legislador ecuatoriano no levantó suficientemente la mirada para contemplar en toda su dimensión el fenómeno de la insolvencia transfronteriza.

---

<sup>82</sup>. Sánchez de Bustamante, op. cit. p.p. 302-305.

Para culminar diremos que las falencias que padece, los defectos que contiene la normativa ecuatoriana en materia de quiebras, o mejor dicho del tratamiento de la insolvencia internacional, no es un problema exclusivamente ecuatoriano, sino que desafortunadamente esta situación es la que soportan, con muy pocas excepciones, la mayor parte de las legislaciones del mundo actual.

No obstante, no podemos ignorar que nuestra ley se inscribe en una línea pluralista, territorialista, con una mínima concesión a la extraterritorialidad cuando reconoce que el concurso declarado en el extranjero, es causal para desencadenar la quiebra en el Ecuador, discriminatoria en relación con los acreedores con lugar de pago en el extranjero y pertenencia a concurso en el extranjero.

Precisamente, en este último aspecto, quizás, el derecho concursal ecuatoriano muestre su vetustez cuando legisla sobre el tratamiento de los créditos pagaderos en el extranjero y la pertenencia a los concursos foráneos. Si bien es cierto que la legislación concursal ecuatoriana es enclenque, no es menos cierto que ha sido una de las soluciones más criticadas tanto por la doctrina nacional como extranjera.

Se dijo con acierto que esta normativa comprendía, se justificaba en las épocas en que las comunicaciones internacionales no eran lo frecuentes y fáciles como en la actualidad. En efecto, se sostuvo que los acreedores nacionales tenían poca información sobre la situación financiera de las casas matrices y ningún control podían ejercer los tribunales ecuatorianos sobre la incorporación de los pasivos a la masa extranjera: hubiera resultado fácil defraudar las expectativas de los acreedores locales si lo que parecía una sólida posición patrimonial de su deudor se convertía luego, ante la presencia de los acreedores extranjeros, en una situación deficitaria.

Sin embargo, diremos que de elaborarse un futuro instrumento jurídico internacional para atender los aspectos fundamentales de los procedimientos concursales en el ámbito del sudamericano, estamos seguros que esta discriminación debería legislativamente si no olvidarse, por lo menos atenuarse. Todo ello para lograr un grado deseable de estabilidad,

para que los interesados en los procedimientos de insolvencia transfronteriza, no tengan ante las mismas preguntas respuestas peligrosamente diferentes.

### EXPLORACIÓN INVESTIGACIÓN

El propósito esencial de la presente investigación estuvo realizada de forma equitativa, objetiva y metódica, con el relativo informe estadístico; los que fueron mostrados a través de cuadros y gráficos, desarrollados en correlación con las hipótesis establecidas.

Cabe señalar que en el presente capítulo contiene los cuadros más trascendentales y explicativos que nos conlleven a demostrar o rechazar cada una de las hipótesis formuladas.

### TÉCNICA DE ACOPIO

A diferencia de los métodos, las técnicas constituyen elementos de investigación más precisos, específicos y concretos en la ejecución de la investigación, a través de las técnicas operacionalizamos los diversos indicadores en la práctica, en ellos tenemos:

Encuesta: Se aplicó encuestas a profesionales del derecho de la ciudad de Manta, en el tema “La insolvencia en el derecho internacional Privado y su regulación en la legislación Ecuatoriana”.

Entrevista: Esta técnica la monopolizamos con la finalidad de estar al tanto de algunos aspectos que demandaban ser integrados en la exploración de datos, se aplicó en los Juzgados Civiles de Manta.

Documental: Nos permitió revisar la documentación de carácter teórico doctrinario y las normas legales sobre la materia, lo que nos lleva a sustentar la presente tesis.

### PROCESAMIENTO DE INDAGACIÓN

Se sumaron los puntajes de cada sujeto de los ítems medibles en un puntaje suma por cada sujeto. Se eligió como estadístico el puntaje suma y no el puntaje mediano, ni el puntaje cuadrático, ni el puntaje armónico, sino el puntaje suma; porque éste es un estimado insesgado, y de poco error cuadrático (error al cuadrado).

Se optó por escoger el tipo de muestreo aleatorio simple, para variables continuas, por cuanto con los puntajes de los sujetos se calculó la media y la varianza, como la confiabilidad y validez. De aquí que se aplicó la siguiente fórmula establecida por Cochran.

La confiabilidad fue definida como el grado de consistencias de los puntajes obtenidos por un mismo grupo de sujetos en una serie de mediciones tomadas con el instrumento. La confiabilidad denota la estabilidad y constancia de los puntajes, esperando que no presenten variaciones significativas en el curso de una serie de aplicaciones con el mismo instrumento. El grado en que su aplicación repetida al mismo sujeto u objeto, produce iguales resultados. Es el grado de seguridad que debe tener un instrumento, que nos permitirá lograr resultados equivalentes o iguales, en sucesivos procesos de recolección de datos.

Para determinar la confiabilidad del instrumento de medición, la matriz de puntajes fue sometido a un análisis de confiabilidad, calculándose a través de tres coeficientes de confiabilidad, para instrumentos de medición policotómicos no binarios. Estos coeficientes se adjuntan al caso, dado que el cuestionario empleado para el trabajo de campo, está compuesta con varias alternativas de respuesta.

### ÁMBITO DE INVESTIGACIÓN

- 1) **Ámbito espacial.**- Los ambientes en los que se realizó la investigación fueron dos: uno los ambientes interiores de los Juzgados de lo Civil de Manta.
- 2) **Ámbito Temporal.**- La recopilación de la información de los alumnos y profesionales del derecho se realizó durante el segundo semestre del año 2008.
- 3) La población o muestra investigada se remitió a los señores Jueces y Abogados de la ciudad de Manta.-

### INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Tal como su denominación lo indica son todos aquellos medios destinados a recoger información de la realidad circundante, pudiendo éste ser la sociedad o la naturaleza, desde una balanza en las ciencias naturales, hasta un cuestionario u observación en las ciencias sociales. Estos instrumentos permitieron al investigador recolectar los datos los que luego fueron tabulados, analizados e interpretados. Deben cumplir con los siguientes objetivos:

1. Recoger la información que el investigador necesita
2. Establecer el grado de precisión a través de las preguntas que se formulan
3. Determinar el tipo de informantes.
4. Para la investigación se utilizo la técnica de la encuesta y la revisión de información que se tiene en la Web.-

ANÁLISIS Y DEFINICIÓN DE DATOS RECOLECTADOS

CUADRO No.- 1

DATOS DE PROCESO DE INSOLVENCIA EN LA CIUDAD DE MANTA

<i>PROCESOS</i>	<i>CANTIDAD</i>
Juzgados Civiles de Manabí	4
Quinto- Manta	45
Sexto – Manta	36
Vigésimo Primero- Manta	39
Vigésimo Quinto- Manta	43
<b>TOTAL</b>	<b>163</b>

Fuente: Palacio de Justicia y Juzgados de lo Civil de la Ciudad de Manta

Tabla 1



Cuadro Estadístico 1

PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN

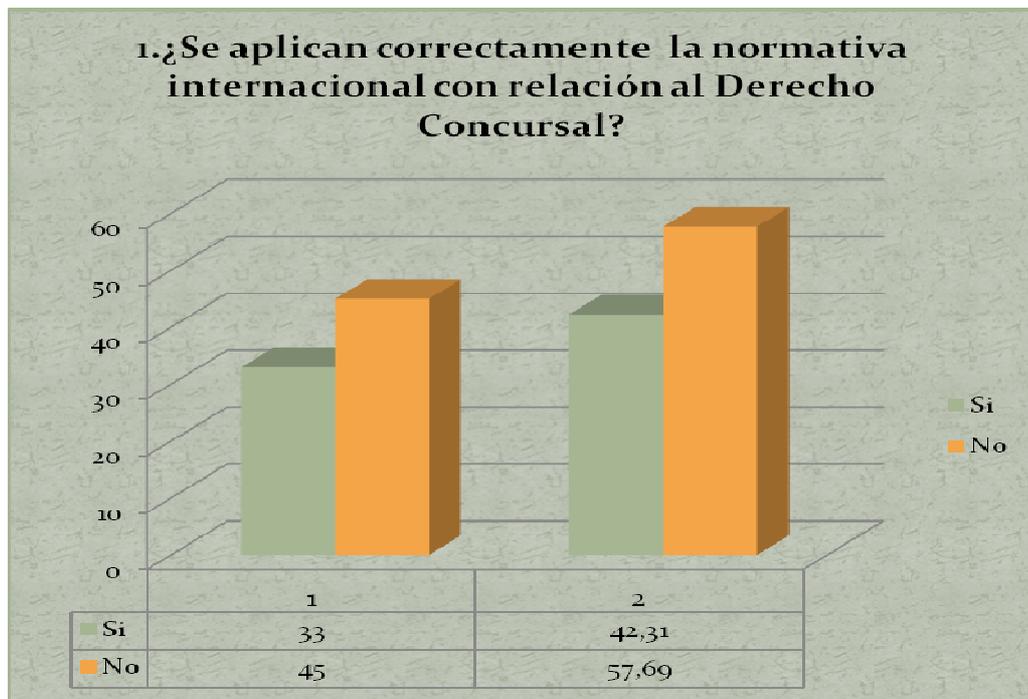
En la parte de la investigación corresponde realizar la primera actividad tamizadora o selectiva de los datos recogidos, agrupándolos de acuerdo con las variables e indicadores sujetos a medición para luego ser analizados e interpretados y finalmente contrastados con la hipótesis formulada. Nuestro ámbito investigado está centralizado en los procesos de insolvencia en el Cantón Manta y su correspondiente admisión en los Juzgados de la antes indicada ciudad.

CUADRO No.- 2

¿Se aplican correctamente la normativa internacional con relación al Derecho Concursal?

Detalle	Fec. Acum.	%
Si	33	42,31
No	45	57,69
	78	100,00

Tabla 2



Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Manta

Cuadro Estadístico 2

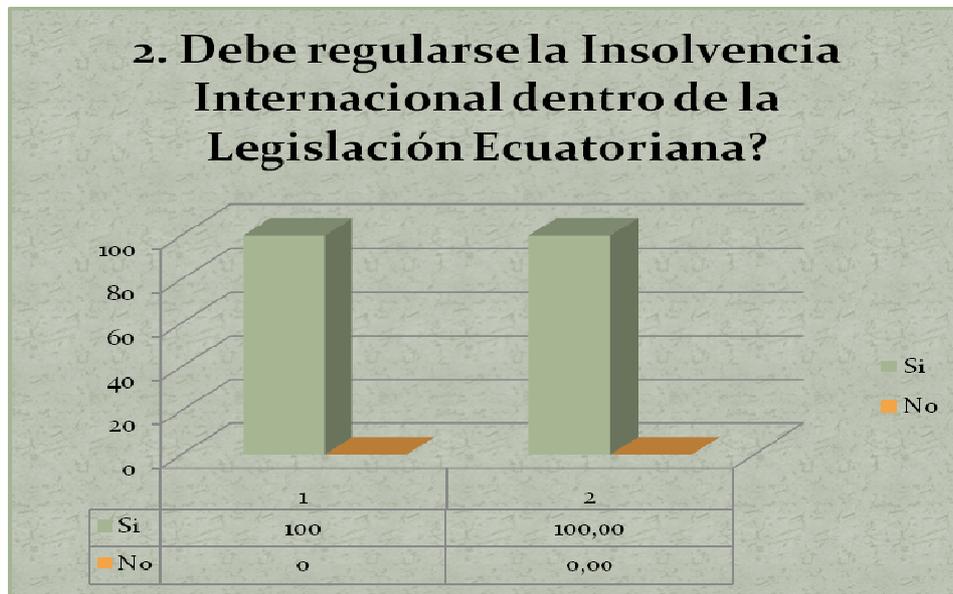
Análisis: El 42.31% de la población afirma que si se aplica correctamente la normativa internacional en los casos de insolvencia y en especial de insolvencia internacional de acuerdo con los tratados y convenciones; mientras que el 57.69% de la población niega tal afirmación y que esta no se ha dado y es de difícil aplicación.

CUADRO No.- 3

¿Debe regularse la Insolvencia Internacional dentro de la Legislación Ecuatoriana?

Detalle	Fec. Acum.	%
Si	100	100,00
No	0	0,00
	100	100,00

Tabla 3



Fuente: Abogados en libre ejercicio y Jueces de la ciudad de Manta

Cuadro Estadístico 3

Análisis: El 100% de la población investigada afirma que si se debe regular la insolvencia internacional dentro de la legislación ecuatoriana, puesto que en esta materia no se ha aplicado hasta la fecha acciones y medidas legales para el ejercicio de este proceso judicial y de cooperación internacional, siendo necesaria la adopción de mecanismos internacional de solución de conflictos.

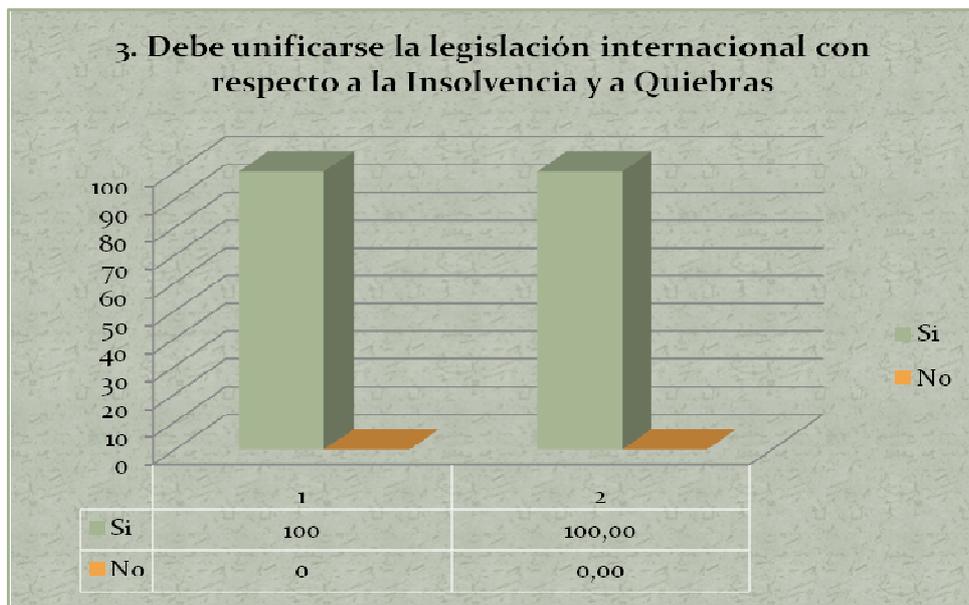
CUADRO No.- 4

¿Debe unificarse la legislación internacional con respecto a la Insolvencia y Quiebra?

Detalle	Fec. Acum.	%
Sí	100	100,00
No	0	0,00
	100	100,00

Fuente: Abogados en libre ejercicio y Jueces de la ciudad de Manta

Tabla 4



Cuadro Estadístico 4

Análisis: El 100% de la población afirma que si es necesario y conveniente la unificación de normas de la legislación internacional con respecto a la Insolvencia internacional y la Quiebra, y de esta manera poder establecer nexos de cooperación entre los países y de esta forma evitar la evasión de la justicia en la aplicación de las sentencias en el extranjero que trata de sancionar al insolvente o quebrado.-

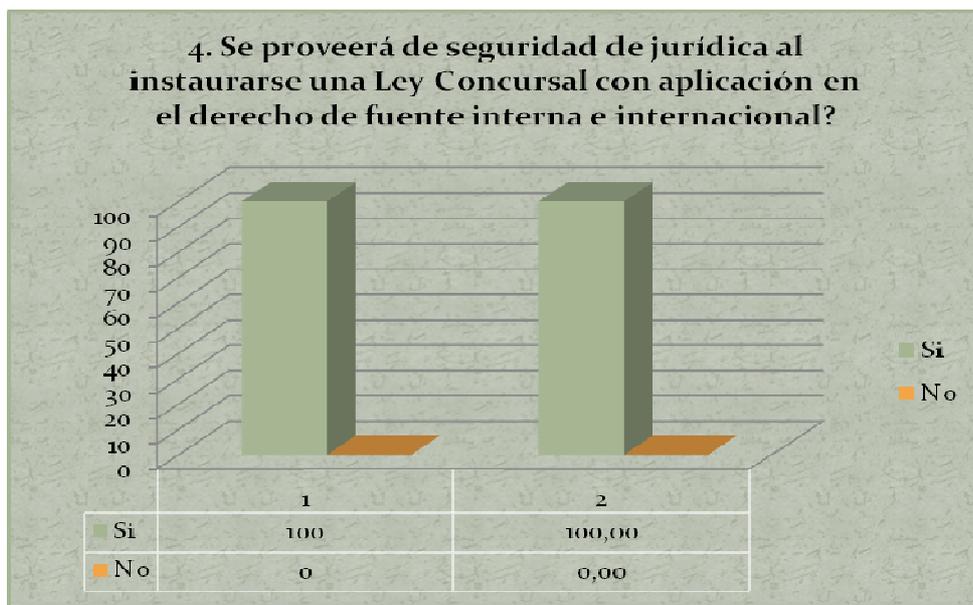
CUADRO No.- 5

¿Se proveerá de seguridad de jurídica al instaurarse una Ley Concursal con aplicación en el derecho de fuente interna e internacional?

Detalle	Fec. Acum.	%
Si	100	100,00
No	0	0,00
	100	100,00

Fuente: Abogados en libre ejercicio y Jueces de la ciudad de Manta

Tabla 5



Cuadro Estadístico 5

Análisis: El 100% de la población afirma que sí se proveerá de seguridad de jurídica al instaurarse una Ley Concursal con aplicación en el derecho de fuente interna e internacional, de manera que éstas se unifiquen y establezcan procedimientos análogos para cada caso y poder de esta forma solucionar los conflictos de leyes y alcanzar el objetivo de aplicación de norma extranjera para su vigencia y efectividad jurídica.

## CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS Y VERIFICACIÓN DE VARIABLES INVESTIGACIÓN

### HIPÓTESIS

“La eficacia de la insolvencia en el derecho internacional, permite la validez y ejecución de las sentencia en la legislación ecuatoriana”.

Lo desarrollado a lo largo de la presente investigación, con la información bibliográfica, la doctrina expuesta, la información estadísticas anteriores y de las encuestas o cuestionarios aplicados en las muestras de la población indicada en ítems anteriores, cuyos modelos aplicados se adjuntan como anexos; hemos podido demostrar la hipótesis planteada al inicio del presente trabajo como respuesta tentativa a esta investigación.

### CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

El análisis y contrastación de la variable independiente y dependiente correspondiente a las dos hipótesis objeto de la presente tesis, nos permitió determinar lo siguiente:

#### VARIABLE INDEPENDIENTE

Eficacia de la insolvencia en el Derecho Internacional Privado

#### VARIABLE DEPENDIENTE

Validez y ejecución de la sentencia en la legislación interna ecuatoriana

OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

Variable independiente

Reconocimiento de la insolvencia dictada por tribunales internacionales y que deban ser reconocidos para su validez.

CONCEPTO	INDICADORES	TÉCNICAS	INSTRUMENTO	ITEMS
Eficacia de la Sentencias de insolvencia en el extranjero de Ecuatorianos con domiciliado en el exterior.	No hay convenios en materia de insolvencia.	Encuestas	Formulario de encuesta	¿Los fallos extraterritoriales en materia de sentencia de insolvencia en el orden público interno?
Fallo extraterritorial dictado por jueces o tribunales extranjeros y sus consecuencias con el Derecho Positivo.	Violentan el orden público si no está normado.	Entrevistas	Formulario de entrevista	

Variable Dependiente

La legislación ecuatoriana de orden público internacional que regule la insolvencia.-

CONCEPTO	INDICADORES	TÉCNICAS	INSTRUMENTO	ITEMS
<p>Validez y ejecución de la sentencia su Regulación en el derecho interno ecuatoriano. Es el resultado que los jueces o tribunales deben acogerse para que una sentencia dictada en el extranjero pueda surtir efecto en territorio nacional.</p>	<p>Sentencia dictada en el extranjero</p> <p>Reconocimiento de las sentencias</p> <p>Ejecución de las sentencias</p>	<p>Entrevistas</p> <p>Encuestas</p>	<p>Formulario de entrevista</p> <p>Formulario de encuesta</p>	<p>¿Qué validez tienen dentro de la legislación interna las sentencias dictadas en el exterior?</p>

El recurso a la idea de un orden jurídico autónomo, por su inspiración, así como por sus implicancias técnicas propias ha permitido progresar en el camino de la integración y es un ejemplo válido para el desarrollo de los principales objetivos de América del Sur; entre los cuales se destacan además de los propios que hacen al mercado común como son:

La libre circulación de bienes y servicios, el arancel externo común y la coordinación de las políticas macroeconómicas y sectoriales entre los países miembros el principio de la armonización de las legislaciones. Principio éste último que a partir de las asimetrías que existen entre los distintos ordenamientos internos va al encuentro de un sistema de articulación entre el derecho comunitario y los ordenamientos internos.

La fuente es el derecho interno de cada estado, en este caso de la Constitución del Ecuador, como fuente de formación del derecho internacional.

Como la organización de una tutela judicial efectiva dentro de un mercado común, debe ser dispuesta por aquellas instituciones supraestatales que se generan en el camino hacia una comunidad de derecho, en armonía con el derecho interno de los países sudamericanos hemos encontrado, que, la principal falencia existente en ellos, radica en la falta de un Tribunal supranacional para la resolución de las controversias, que podría ser el tribunal Andino de justicia con sede en la ciudad de Quito - Ecuador.

Es por ello que nuestra investigación se centra aquí en las soluciones que hemos hallado, para hacer efectivo el cumplimiento de las responsabilidades de los Estado Sudamericanos por incumplimiento de las directivas que el Derecho Internacional Privado imparte sobre Insolvencia Transfronteriza.

Al estudiar las relaciones de derecho internacional privado con el derecho nacional, se puede observar que ellas no se reducen a un modelo único, y que en conjunto, pueden distinguirse cuatro tipos principales de situaciones que van desde el de la sustitución a la coexistencia, pasando por la armonización y la coordinación.

Así existe una cierta complejidad cuando se trata de analizar la influencia interinstitucionales que, como el trust, por ejemplo, provienen del sistema del common law; a diferencia de la UE, donde, debido a la diversidad de los regímenes jurídicos nacionales la armonización se ha revelado como una operación larga y difícil, en el caso de Sudamérica, constituido por países con tradiciones jurídicas muy similares basadas en la tradición romano - germana, la cuestión en principio parece simplificarse.

De ahí, la necesidad de generar grupos de estudio con el fin de elaborar un sistema de articulación de principios tendentes a lograr la protección judicial efectiva y uniforme de los derechos civiles de los particulares, por medio de la efectividad de las normas del Derecho Internacional Privado.

### METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

**Metodología.-** La metodología que utilizó para el desarrollo de la investigación para el cumplimiento del objetivo propuesto, fue de tipo cualitativo descriptiva, propositivo.

**Propositivo.-** Ya que se planteó alternativa de solución para la problemática enunciada.

### TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

#### CUALITATIVA

1. Revisión Bibliográfica.
2. Revisión y análisis de jurisprudencia.
3. Entrevista a Jueces de la Corte Provincial de Manabí
4. Cinco Jueces de la Ciudad de Manta, Provincia de Manabí

5. Estudios de casos
6. Estudio de Derecho Comparativo: Legislación Internacional con la nacional.
7. Observación.

## CUANTITATIVA

Cuantificar los casos en los Juzgados Civiles de Manabí sobre la eficacia de la sentencia de insolvencia nacional, con domicilio en el extranjero y la aplicación en otra jurisdicción.

## POBLACIÓN Y MUESTRA

La Población estuvo constituida por la Autoridad Central del Ministerio de Relaciones Exteriores, 3 Jueces de Sala Especializada de la Corte Provincial de Manabí, 26 Juzgados Civiles de la Provincia de Manabí, 5 Abogados especializados en materia Internacional, todos quienes fueron parte del proceso investigativo que se realizó en el escenario delimitado para el efecto.

Dr. Orly Leopoldo Delgado García

## RECOMEDACIONES

### **1. Con respecto a la Competencia:**

Cada uno de los Estados en su carácter soberano, posee una Legislación Procesal civil y comercial, que puede ser normativa, como en el caso ECUATORIANO, o casuístico como en el caso del derecho consuetudinario anglosajón.

Si un país posee sus órganos jurisdiccionales bien delimitados, con funciones concretas y específicas, y la competencia judicial, está igualmente repartida, entonces la justicia podrá ser equitativa y perecedera, es decir tendrá eficacia en el tiempo y en el espacio, por supuesto presta a cualquier cambio probable que mejore las actuaciones judiciales en el ordenamiento jurídico donde imperan, dicha competencia se ve limitada por una serie de reglas que delimitan la eficacia en el conocimiento de determinadas materias.

Tenemos referencialmente que señalar, entre los elementos que nos permite determinar la competencia, la nacionalidad de los interesados (hoy día su domicilio), la naturaleza de la acción, la voluntad de los interesados, como Principio de autonomía de las partes, como integrantes de un proceso tanto la ley de Derecho Internacional Privado, como el Código Bustamante reconocen el sometimiento expreso o tácito que las partes puedan tener en un proceso. También la Jurisdicción se ve ampliamente amparada en ambas leyes tanto la contenciosa, como la voluntaria. La Jurisdicción de Equidad, tomada en cuenta para los casos donde haya controversia, y se pretenda apelar al conocimiento del Juez y sus justas decisiones.

Para hacer efectivo un proceso, de índole internacional, también se recurre a las leyes de procedimiento, que les dan a los Jueces las directrices. Para dictar una sentencia válida, para este proceso se toman en cuenta las pruebas como soporte del mismo, como respaldo y sustanciación. La Ley de Derecho Internacional Privado, se vio antecedida por ciertos señalamientos recogidos en el Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano y en el Código Civil Ecuatoriano, y leyes especiales como el Código de Comercio, pero que no llenaban las expectativas de quienes recurren a estas instancias en conflictos internacionales. Para la consagración de esta nueva normativa internacional se tomaron

en cuenta dichos parámetros, así como también Tratados, Convenciones y Laudos firmados y acordados por muchas naciones del mundo, todo en búsqueda del desarrollo y crecimiento económico, superando expectativas y mejorando la calidad de vida en las diversas naciones amparadas en un marco jurídico.

Nos resta esperar que el espíritu de colaboración que subyace en las resoluciones presentadas, otorgando a la excepción de orden público internacional su justo alcance, proyecte su luz e ilumine el juicio de los magistrados llamados a resolver las cuestiones propias del Derecho Internacional Privado, como son las Insolvencia Internacional.

## **2. Sobre la Armonización Internacional**

La decisión de optar por la armonización regional o internacional de un campo determinado del Derecho, ésta no debe estar influenciada por la retórica de los discursos políticos, sino por la conveniencia de integrarse a una economía cada día más interdependiente. Esta apertura no implica por cierto renunciar al derecho y el deber de verificar en cada caso la compatibilidad entre las normas a ser adoptadas y los intereses de los países de la región. Pero esta compatibilidad sólo puede calibrarse mediante un análisis serio y detenido de los textos jurídicos propuestos como base de armonización y unificación y de una apreciación analítica de los intereses que se intentan proteger y las alternativas viables en cada caso particular.

El nivel de intercambio comercial de la mayoría de los países de América con los Estados Unidos y con los países de la Comunidad Europea, señala la conveniencia de orientar los esfuerzos de unificación del Derecho Privado dentro de un contexto universal.

En vista de la similitud de contenidos de un buen número de convenciones interamericanas con las adoptadas por la Conferencia de La Haya, cabe preguntarse hasta qué punto se justifica la duplicación de la costosa y difícil tarea de unificación del Derecho Internacional Privado y la cooperación judicial internacional que llevan a cabo ambos organismos. La misma pregunta cabe plantearse en lo que se refiere a la necesidad de uniformar criterios de selección de ley aplicable en materia de

contratación internacional.

### **3. Con respecto a una Ley Concursal Ecuatoriana**

Tratar de sintetizar las conclusiones a que se llega en un trabajo como éste, debe enfocarse desde dos ópticas concretas y bien definidas, la primera al interno de la legislación ecuatoriana, y la segunda, a las normas de Derecho Internacional Privado que regulan al proceso concursal y a la quiebra.

Es urgente que Ecuador cuente con una ley especial sobre concurso y quiebras comerciales, la sistematización del estudio de la figura es necesaria y su inclusión en un sólo cuerpo normativo haría más fácil su análisis.

En cuanto a un tratado internacional sustancialista que contenga las normas mínimas conflictuales es importante, Sin duda alguna, la unificación o no mediante un Tratado Internacional sobre quiebras y concursos parece ser oportuno, aun cuando regule conceptos generales y soluciones para casos "típicos" que suceden a menudo en el tráfico internacional, principalmente le referido a la *lex mercatoria* que regula a los comerciantes, garantizando la eficacia y seguridad de las transacciones, principalmente por el estado de las relaciones comerciales interestatales, con la aprobación de los tratados de libre comercio, tal es el caso del T.L.C., la Comunidad Económica Europea y la unión de los siete dragones del lejano oriente.

Esta coyuntura requiere de soluciones más prácticas, tal vez mediante normas "tipo" como lo hemos señalado, las mismas podrían devenir de Tribunales Arbitrales que liquiden o intervengan empresas, sin dejar de lado el papel protagónico que en este caso deben jugar los Estados partes, legislando internamente y suscribiendo los tratados necesarios para la búsqueda de las soluciones más adecuadas a los procedimientos de liquidación en concursos o quiebras de personas físicas o jurídicas que tengan patrimonios internacionalmente dispersos.

### **4. Con respecto Armonización Legislativa De Los Sistemas De Prevención De La Insolvencia Regional Y Transfronteriza dentro del Derecho Internacional**

## Público

Toda integración aspira a intensificar las relaciones comerciales internacionales entre los particulares de los Estados Parte de dicho espacio integrado. De modo tal, que se intensificarán los negocios internacionales, generándose posibles conflictos propios del comercio internacional, existiendo también la posibilidad de que empresas operantes caigan en estado de insolvencia, que un operador del comercio internacional solicite la quiebra de otro, la posibilidad de emprender un salvataje de la empresa para superar la crisis sin llegar a la quiebra, operando económicamente hablando, en forma negativa, entre otras cuestiones.

En este orden de ideas, el interrogante a plantearse no es otro que el de si debemos considerar la necesidad de concretar una regulación específica sobre el particular, teniendo en cuenta que los países sudamericanos como así también sus Estados Asociados, cuentan con legislaciones internas sobre el tema, los cuales presentan diferencias entre sí en cuanto al tratamiento que las mismas efectúan en materia de insolvencia y el reconocimiento de distintos mecanismos de salvataje.

Es altamente perjudicial la disparidad de soluciones legislativas en materia de salvataje porque ello, condiciona la radicación de inversiones extranjeras en el área y conculca con la libre circulación de mercaderías, bienes, servicios y capitales, que rige -al menos parcialmente- en el área.

Resultaría sumamente beneficioso para el área alcanzar una regulación armónica a fin de garantizar una mayor seguridad jurídica, motivando tal realidad mayores inversiones y un significativo incremento del comercio internacional.

Contar con una regulación específica en una materia tan sensible a las realidades económicas y sociales de América de Sur, podría generar significativa confianza en el bloque e importaría consolidar aún más aquel compromiso que en sus comienzos, en el Tratado fundacional se habían propuesto los Estados Parte. En efecto, ya no se trata de un mero compromiso, sino de una real necesidad de regular, en particular, las insolvencias transfronterizas regionales a fin de satisfacer las demandas de un nuevo

bloque integrado.

### **5. Con respecto a la insolvencia y su posible regulación**

Resulta imprescindible para todo Estado, que pretenda insertarse en el escenario global, contar con una moderna legislación del Derecho Internacional Privado interno, sobre insolvencia transfronteriza, que se adapte a las realidades del nuevo orden transnacional.

- Una regulación adecuada en esta delicada materia constituye un elemento muy atractivo para todo inversor extranjero que desee realizar una inversión productiva, no especulativa en el país, y en general para todo operador económico.

- El cauce más idóneo para regular la insolvencia internacional es el de la ley especial, que deberá elaborarse teniendo en cuenta el método de campo.

- Dicha reforma debería tener en cuenta las tendencias actuales en relación con los sistemas de regulación de la insolvencia internacional. En este sentido, consideramos que el legislador debería tener en cuenta las disposiciones de la Ley Modelo UNCITRAL de 1997, con miras a lograr en un futuro una armonización de legislaciones de alcance universal.

- Debe asumirse como superada la tesis territorialista y garantizar el respeto del carácter internacional de los concursos, declarados en el Estado donde se radica el domicilio o la sede social del deudor.

- Que en este camino, debe analizarse la conveniencia de propiciar el trámite de quiebras plurales, secundarias, plenamente compatibles con el sistema de la internacionalidad y la extraterritorialidad de la quiebra.

- En los supuestos de quiebras de empresas regionales, deben suprimirse las preferencias de los créditos locales o nacionales por resultar incompatibles con el proceso de integración.

Se hace necesario que los estados vinculados con la actividad económica del deudor común (comerciante), tenga una legislación Internacional Tipo para la insolvencia transfronteriza, que regule al Concurso Mercantil buscando la conservación de las empresa para evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones, ponga en riesgo la viabilidad de las misma y de las demás con las cuales se tenga una relación comercial.

Se hace necesario la aplicación de la Ley modelo de la Comisión de las naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o UNCITRAL, sobre la insolvencia Transfronteriza con la guía para su incorporación, de derecho interno basado en los siguientes objetivos:

- 1.- La cooperación entre los Tribunales y demás autoridades competentes de este estado y de los estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia internacional.
- 2.- Una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones.
- 3.- Una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas que proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluido el deudor.
- 4.- La protección de los bienes del deudor y la optimización de su valor, así como;
- 5.- Facilitar la reorganización de empresas en dificultad financiera, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo.

## CONCLUSIONES.-

El reconocimiento mutuo de las sentencias la eficacia y aplicación de ésta entre las naciones donde se encuentren tanto los actores como los bienes de los sujetos de derecho internacional privado, como respuesta a los inconvenientes que puedan surgir dentro de las negociaciones de tipo comercial o financiera constituye la piedra angular de todo el sistema.

El buen funcionamiento del mercado financiero interior de los países sustentada en normas legales claras y precisada que se adapten a los tratados convenio internacional exige que los procedimientos transfronterizos de insolvencia se desarrollen de forma eficaz y efectiva, en busca de armonizar las legislaciones y la adopción de medidas análogas que contribuyan a la solución de conflicto entre éstas, ofreciendo respuesta clara y rápida a los perjudicados, y operadores de justicia al instante de emitir sus fallos.

Es necesario un acto comunitario que exija la coordinación de las medidas que deberán adoptarse respecto del activo del deudor insolvente, aplicando normativa internacional como es los mecanismo de solución de conflictos y el reconocimiento de normas comunes como la UNCITRAL y/o la CNUDMI, donde se encuentran procedimientos y nomenclatura legal que señalan que hacer con este tipo de temas sobre la insolvencia internacional.-

Debemos señalar que los procedimientos de insolvencia internacional, no implican necesariamente la intervención de una autoridad judicial para su ejecución, existe también la asistencia comercial internacional amparados en los convenios marcos que estandarizan los procedimientos para poder hacer cumplir con las obligaciones contractuales reconocidas.-

Luego de este trabajo y en virtud de haber determinado la necesidad de darse un procedimiento único de insolvencia con validez universal para toda la Comunidad Sudamericana de Naciones.

Se debe aclarar que existe también una necesidad especial de protección en el caso de los sistemas de pago y de los mercados financieros; esto es aplicables, por ejemplo, a los contratos de liquidación y a los acuerdos de compensación, así como a las cesiones de valores y a las garantías ofrecidas como compensación de estas operaciones.

## ESQUEMA TENTATIVO PROPUESTA

### EFICACIA DE LA INSOLVENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, VALIDEZ Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA "

#### A. DATOS INFORMATIVOS

La propuesta que a continuación se presenta, se fundamenta en la necesidad de la regulación de la eficacia de la Insolvencia en el derecho Internacional Privado, su validez y ejecución de las sentencias en la legislación Ecuatoriana.

#### B. RESUMEN EJECUTIVO

Este informe ha sido preparado en la necesidad de crear una propuesta válida jurídica que, permita la aplicación de una nueva Ley de Insolvencia Internacional dentro del Derecho Interno.

#### C. DESCRIPCION DE LA PROPUESTA

La propuesta es objetiva y se refiere a aspectos que contienen las posibles formulaciones de ley a favor nuestro objetivo principal.

#### D. ANALISIS CONTEXTUAL

El concurso: "Juicio universal que se establece para liquidar el patrimonio de un deudor, que suspende el pago de sus deudas vencidas, líquidas y exigibles." Y que el resultado de este juicio tenga plena validez en el orden extraterritorial de los países de la región y del mundo en su momento, para que esta pueda ser ejecutada.-

#### E. JUSTIFICACION

Es necesario elaborar una propuesta jurídica que contenga la formulación de una nueva Ley que permita regular la Insolvencia Internacional, justificada en las falencias

que padece y los defectos que contiene la normativa civil ecuatoriana en materia de quiebras e insolvencia, o mejor dicho del tratamiento de la insolvencia internacional, ya que esta situación es la que soportan, con muy pocas excepciones, la mayor parte de las legislaciones del mundo actual.

#### F. FINALIDAD DE LA PROPUESTA

La finalidad de la propuesta está dirigida a tener un procedimiento rápido y eficaz de protección de derechos civiles, que produzca la evidencia de la reparación de los derechos y garantías constitucionales.

#### G. OBJETIVOS

##### a. GENERAL

Evidenciar resultados a través de la aplicación del derecho, dentro de un proceso que brinde las garantías al ciudadano ecuatoriano que mantenga relaciones comerciales internacionales.

##### b. ESPECÍFICO

Presentar una propuesta de Ley de Insolvencia Internacional Interna, que procure la modernización del derecho comercial internacional y asuma el desafío de regular un área de particular delicadeza e incidencia en las economías nacionales.

#### H. DESCRIPCION DE LOS BENEFICIARIOS

Los beneficiarios: el ciudadano ecuatoriano, la empresa, pequeña, mediana y gran empresa, la industria y todo lo relacionado al comercio exterior – interior.

#### I. OPERACIONALIZACION DE LA PROPUESTA ( ETAPAS)

Procedimiento legislativo de acuerdo a la Constitución del Ecuador Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

1. Regular el ejercicio de todos los derechos y garantías constitucionales.
2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.
3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados.
4. Atribuir deberes, responsabilidades y competencias a los gobiernos autónomos descentralizados.
5. Modificar la división político-administrativa del país, excepto en lo relativo a las parroquias.
6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación, la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.

Art. 133.- Las leyes serán orgánicas y ordinarias.

Serán leyes orgánicas:

1. Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución.
2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.
3. Las que regulen la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados.
4. Las relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral.

La expedición, reforma, derogación e interpretación con carácter generalmente obligatorio de las leyes orgánicas requerirán mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional.

Las demás serán leyes ordinarias, que no podrán modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica.

Art. 134.- La iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde:

1. A las asambleístas y los asambleístas, con el apoyo de una bancada legislativa o de al menos el cinco por ciento de los miembros de la Asamblea Nacional.
2. A la Presidenta o Presidente de la República.
3. A las otras funciones del Estado en los ámbitos de su competencia.
4. A la Corte Constitucional, Procuraduría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo y Defensoría Pública en las materias que les corresponda de acuerdo con sus atribuciones.
6. A las ciudadanas y los ciudadanos que estén en goce de los derechos políticos y a las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de por lo menos el cero punto veinticinco por ciento de las ciudadanas y ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional.
7. Quienes presenten proyectos de ley de acuerdo con estas disposiciones podrán participar en su debate, personalmente o por medio de sus delegados.

Art. 135.- Sólo la Presidenta o Presidente de la República podrá presentar proyectos de ley que creen, modifiquen o supriman impuestos, aumenten el gasto público o modifiquen la división político administrativa del país.

Art. 136.- Los proyectos de ley deberán referirse a una sola materia y serán presentados a la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional, con la suficiente exposición de motivos, el articulado que se proponga y la expresión clara de los artículos que con la nueva ley se derogarían o se reformarían. Si el proyecto no reúne estos requisitos no se tramitará.

Art. 137.- El proyecto de ley será sometido a dos debates. La Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional, dentro de los plazos que establezca la ley, ordenará que se distribuya el proyecto a los miembros de la Asamblea y se difunda públicamente su extracto, y enviará el proyecto a la comisión que corresponda, que iniciará su respectivo conocimiento y trámite.

Las ciudadanas y los ciudadanos que tengan interés en la aprobación del proyecto de ley, o que consideren que sus derechos puedan ser afectados por su expedición, podrán acudir ante la comisión y exponer sus argumentos.

Aprobado el proyecto de ley, la Asamblea lo enviará a la Presidenta o Presidente de la República para que lo sancione u objete de forma fundamentada. Sancionado proyecto de ley o de no haber objeciones dentro del plazo de treinta días posteriores a su recepción por parte de la Presidenta o Presidente de la República, se promulgará la ley, y se publicará en el Registro Oficial.

Art. 138.- Si la Presidenta o Presidente de la República objeta totalmente el proyecto de ley, la Asamblea podrá volver a considerarlo solamente después de un año contado a partir de la fecha de la objeción.

Transcurrido este plazo, la Asamblea podrá ratificarlo en un solo debate, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, y lo enviará inmediatamente al Registro Oficial para su publicación.

Si la objeción fuera parcial, la Presidenta o Presidente de la República presentará un texto alternativo, que no podrá incluir materias no contempladas en el proyecto; igual restricción observara la Asamblea Nacional en la aprobación de las modificaciones sugeridas.

La Asamblea examinará la objeción parcial dentro del plazo de treinta días, contados a partir de la fecha de su entrega y podrá, en un solo debate, allanarse a ella y enmendar el proyecto con el voto favorable de la mayoría de asistentes a la sesión. También podrá ratificar el proyecto inicialmente aprobado, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros.

En ambos casos, la Asamblea enviará la ley al Registro Oficial para su publicación. Si la Asamblea no considera la objeción en el plazo señalado, se entenderá que se ha allanado a ésta y la Presidenta o Presidente de la República dispondrá la promulgación de la ley y su publicación en el Registro Oficial.

Si la objeción fuera también por inconstitucionalidad, se resolverá primero la objeción por inconstitucionalidad.

Art. 139.- Si la objeción de la Presidenta o Presidente de la República se fundamenta en la inconstitucionalidad total o parcial del proyecto, requerirá dictamen de la Corte Constitucional, que lo emitirá dentro del plazo de treinta días.

Si el dictamen confirmara la inconstitucionalidad total del proyecto, éste será archivado, y si ésta fuera parcial, la Asamblea Nacional, realizará las enmiendas necesarias para que el proyecto pase a la sanción de la Presidenta o Presidente de la República. Si la Corte Constitucional, dictamina que no hay inconstitucionalidad, la Asamblea Nacional, lo promulgará y ordenará su publicación.

Art. 140.- La Presidenta o Presidente de la República podrá enviar a la Asamblea Nacional proyectos de ley calificados de urgencia en materia económica. La Asamblea deberá aprobarlos, modificarlos o negarlos dentro de un plazo máximo de treinta días a partir de su recepción.

El trámite para la presentación, discusión y aprobación de estos proyectos será el ordinario, excepto en cuanto a los plazos anteriormente establecidos. Mientras se discuta un proyecto calificado de urgente, la Presidenta o Presidente de la República no podrá enviar otro, salvo que se haya decretado el estado de excepción.

Cuando en el plazo señalado la Asamblea no apruebe, modifique o niegue el proyecto calificado de urgente en materia económica, la Presidenta o Presidente de la República lo promulgará como decreto-ley y ordenará su publicación en el Registro Oficial. La Asamblea Nacional podrá en cualquier tiempo modificarla o derogarla, con sujeción al trámite ordinario previsto en la Constitución.

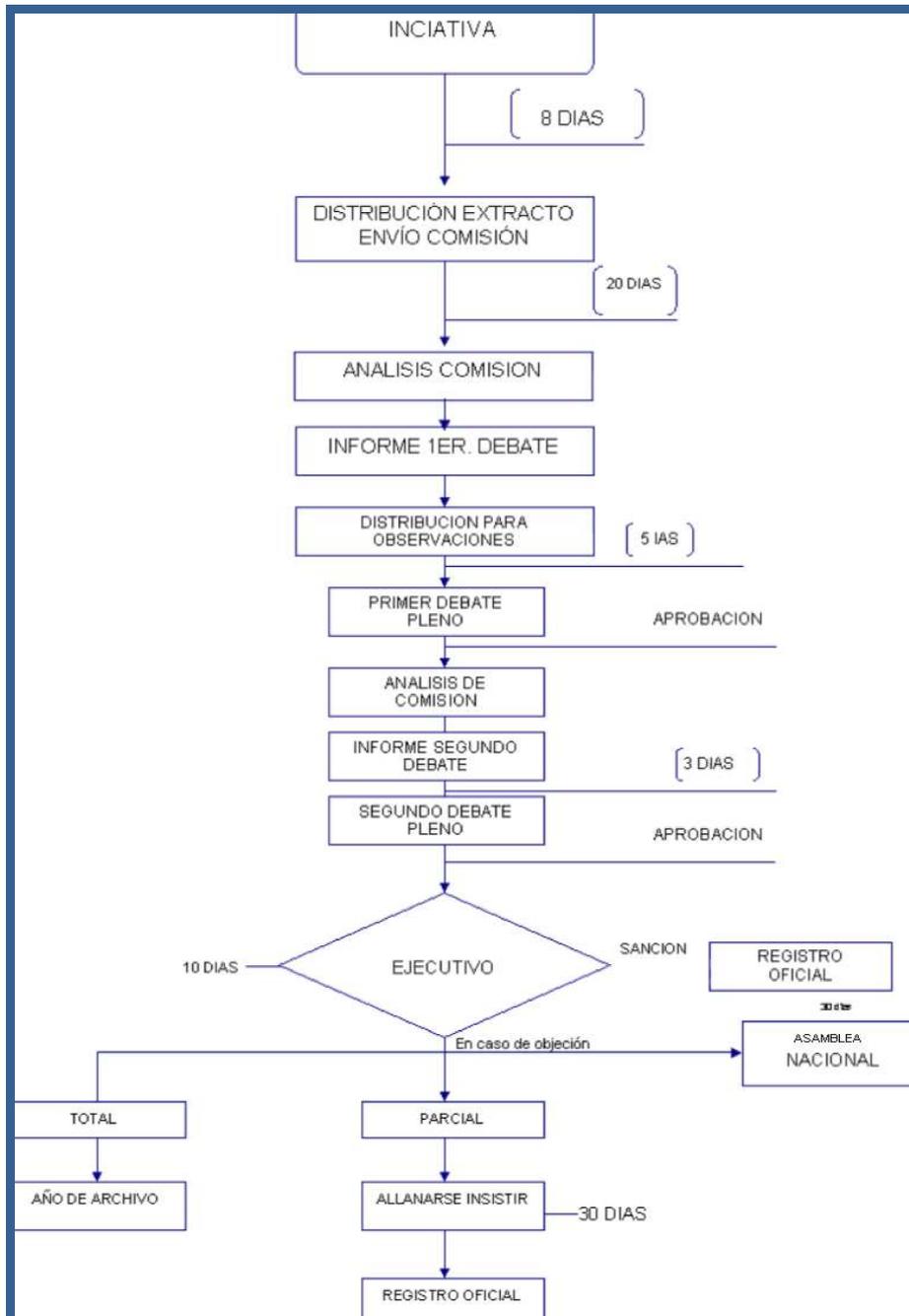
## J. METODOLOGÍA

### Proyecto Factible

- De carácter diagnóstico: Conocimiento de la Problemática
- De solución: Propuesta de solución

Este tipo de metodología se caracteriza por resolver problemas puntuales y llegar a determinar la viabilidad del presente trabajo determinando la propuesta.

**K. ESTRUCTURA DE LA GESTION DE LA PROPUESTA**



## L. PRESUPESTO

PROGRAMA DE PROYECTO DE LEY	COSTO
DESARROLLO DE LA PROPUESTA	950,00
PROMOCIÓN Y DIFUSIÓN	18.000,00
GESTIÓN PARA LA APROBACIÓN DE LA LEY ANTE LA ASAMBLEA	3.520,00
FORTALECIMIENTO JURÍDICO	9.800,00
DATOS Y ESTADÍSTICAS	4.920,00
<b>TOTAL</b>	<b>37.190,00</b>

## M. RECURSOS

La presente propuesta deberá contar con el apoyo económico principalmente de las siguientes instituciones:

- o Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí
- o Corte Provincial de Justicia de Portoviejo
- o Corte Nacional de Justicia del Ecuador
- o Asociación de Abogados de Manabí
- o Asambleístas de la Provincia de Manabí

## N. MONITOREO Y EVALUACIÓN

El Monitoreo y la Evaluación del proyecto estará dirigido por los representantes de las instituciones que servirán de apoyo económico para la viabilidad de la propuesta y por profesionales destacados del derecho de la provincia de Manabí, y se llevará a efecto de acuerdo al diagrama o estructura de la tramitación de la ley.

## MARCO ADMINISTRATIVO

### RECURSOS

Para llevar a efecto el proyecto se necesita contar con:

## RECURSOS HUMANOS

- Autoridad Central del Ministerio de Relaciones Exteriores
- Jueces de Sala Especializada de la Corte Provincial de Manabí.
- Juzgados Civiles de la Provincia de Manta - Manabí
- Abogados especializados en materia Internacional.

## RECURSOS TÉCNICOS

### Manejo de Programas informáticos:

- Paquete Office:
- 

Word, Excel, Power Point, Access, Internet, Paint

## RECURSOS MATERIALES:

- Equipos de Computación: Impresora, Scanner, Disquetes
- Equipos de oficina.
- Grabadoras.

RECURSOS FINANCIEROS	
Estudio de Investigación	\$ 800.00
Bibliografía	\$ 250.00
Elaboración de materiales	\$ 220.00
Movilización de Transporte	\$ 150.00
Material de escritorio	\$ 50.00
Copias	\$ 50.00
Empastados	\$ 70.00
Levantada de Textos de informes	\$ 150.00
Imprevistos	\$ 200.00
<b>TOTAL</b>	<b>\$ 1.940,00</b>

CRONOGRAMA

Tiempo Actividad	Agosto 2009	Septiembre 2009	Octubre 2009	Noviembre 2009	Diciembre 2009
Elaboración, defensa y aprobación del proyecto.	X				
Inicios del proceso de investigación y elaboración de instrumentos.		X			
Aplicación de instrumentos para recoger la información.		X	X		
Análisis y tabulación de resultados de la investigación.			X		
Redacción del primer borrador.			X		
Informe de investigación corregido por el tutor.				X	X
Pasado a limpio del informe definitivo de la información.				X	
Sustentación e Incorporación.					X

## BIBLIOGRAFÍA

1. ALFONSÍN, Quintín. Teoría del Derecho internacional Privado. Ediciones Idea. Montevideo – Uruguay, 1982
2. BERCOVITZ, R. (dir), Comentarios a la Ley Concursal, Madrid (Tecnos) 2004
3. BLASCO, F., Prelación y pago a los acreedores concursales, Civitas, 2004
4. CABANELLAS, Guillermo, (2007) Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta SRL, Buenos Aires, Argentina.
5. Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito. Ecuador.
6. Código Sánchez de Bustamante. Convención de la Habana 1928.
7. Constitución de la República del Ecuador. Agosto 2008. Montecristi. Ecuador
8. CORDON, F... (Dir). Comentarios a la Ley Concursal, Aranzadi, 2004
9. HOLGUÍN, Juan Larrea. Manual de Derecho Internacional Privado Ecuatoriano.
10. Jurisprudencia Nacional la cual se puede encontrar en [www.derechoecuador.com](http://www.derechoecuador.com)
11. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A (coord), Derecho concursal práctico.
12. FERNÁNDEZ PRIETO, M. La transmisión de empresas en crisis. Incidencia de la Ley concursal, Marcial Pons, 2004.; Comentario a la nueva Ley Concursal, La ley, 2004
13. LEY DE MERCADO DE VALORES Arts. 7, 106,134. 213.

## REVISTAS:

1. ANUARIO DE DERECHO CONSURSAL, Editorial Civitas – Colegio de Registradores de España

ANEXO No.- 1

NACIONES **A** UNIDAS **Asamblea General**

Distr. GENERAL A/RES/52/158 - 30 de enero de 1998 Quincuagésimo segundo período de sesiones Tema 148 del programa

**RESOLUCIÓN APROBADA POR LA ASAMBLEA GENERAL**

[sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/52/649)]

**52/158. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la insolvencia transfronteriza**

*La Asamblea General,*

*Recordando* su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, por la que estableció la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con el mandato de fomentar la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional y de tener presente, a ese respecto, el interés de todos los pueblos, en particular el de los países en desarrollo, en el progreso amplio del comercio internacional,

*Observando* que en razón del comercio y de las inversiones transfronterizas es mayor el número de casos en que empresas o particulares poseen bienes en más de un Estado,

*Observando también* que cuando un deudor con bienes en más de un Estado es objeto de un procedimiento por insolvencia, en muchos casos es apremiante la necesidad de cooperación y coordinación transfronterizas en la supervisión y administración de los bienes y negocios del deudor insolvente,

*Considerando* que la coordinación y cooperación insuficientes en los casos de insolvencia transfronteriza reducen la posibilidad de rescatar empresas que son viables, pero tienen dificultades financieras, entran una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, acrecientan las posibilidades de que el deudor

oculte o dilapide bienes y dificulten la reorganización o liquidación de los bienes y negocios del deudor que sería más ventajosa para los acreedores y otros interesados, incluidos los deudores y sus empleados,

*Observando* que muchos Estados, no tienen establecido un régimen jurídico que posibilite o facilite la coordinación y la cooperación transfronterizas,

*Convencida* de que una legislación equitativa e internacionalmente armonizada sobre la insolvencia transfronteriza, que sea respetuosa de los regímenes procesales y judiciales nacionales y aceptable para Estados con diferentes ordenamientos jurídicos, sociales y económicos, coadyuvaría al desarrollo del comercio y de las inversiones internacionales, *Considerando* que se necesita contar con un cuerpo de disposiciones legales modelo internacionalmente armonizadas en materia de insolvencia transfronteriza, a fin de ayudar a los Estados a modernizar su legislación en esa materia,

1. *Expresa su reconocimiento* a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, por haber terminado y aprobado la Ley Modelo sobre la insolvencia transfronteriza que figura como anexo de la presente resolución;
2. *Pide* al Secretario General que transmita a los gobiernos y a los órganos interesados el texto de la Ley Modelo, junto con la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno preparada por la Secretaría;
3. *Recomienda* que todos los Estados examinen su legislación sobre los aspectos transfronterizos de la insolvencia, a fin de determinar si está en consonancia con los objetivos de un régimen eficiente y moderno sobre insolvencia y que, en ese examen, consideren con un criterio favorable la Ley Modelo, habida cuenta de la necesidad de que haya un derecho internacionalmente armonizado que rijan los casos de insolvencia transfronteriza;
4. *Recomienda también* que se haga todo lo posible para que la Ley Modelo y la Guía sean ampliamente conocidas y estén a disposición de todos. 72a. sesión plenaria 15 de diciembre de 1997

## ANEXO

### Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la insolvencia transfronteriza

#### PREÁMBULO

La finalidad de la presente Ley, es la de establecer mecanismos eficaces para la resolución de los Casos de insolvencia transfronteriza con miras a promover el logro de los objetivos siguientes:

- a) La cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes de este Estado y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza;
- b) Una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones;
- c) Una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los Intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluido el deudor;
- d) La protección de los bienes del deudor, y la optimización de su valor;
- e) Facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital Invertido y de preservar el empleo.

#### CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

##### *Artículo 1 - Ámbito de aplicación.-*

1. La presente Ley será aplicable a los casos en que:

- a) Un tribunal extranjero o un representante extranjero solicite asistencia en este Estado en relación con un procedimiento extranjero; o
- b) Se solicite asistencia en un Estado extranjero en relación con un procedimiento que se esté tramitando con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]; o
- c) Se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor, un procedimiento extranjero y un procedimiento en este Estado con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]; o

d) Los acreedores u otras personas interesadas, que estén en un Estado extranjero, tengan interés en solicitar la apertura de un procedimiento o en participar en un procedimiento que se esté tramitando con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia].

2. La presente Ley no será aplicable a un procedimiento relativo a [indíquense todas las clases de entidades sometidas en este Estado a un régimen especial de la insolvencia, tales como sociedades bancarias y de seguros, y que se desee excluir de la presente Ley].

**Artículo 2.- Definiciones** Para los fines de la presente Ley:

a) Por "procedimiento extranjero" se entenderá el procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo e incluido el de índole provisional, que se siga en un Estado extranjero con arreglo a una ley relativa a la insolvencia y en virtud del cual los bienes y negocios del deudor queden sujetos al control o a la supervisión del tribunal extranjero, a los efectos de su reorganización o liquidación;

b) Por "procedimiento extranjero principal" se entenderá el procedimiento extranjero que se siga en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses;

c) Por "procedimiento extranjero no principal" se entenderá un procedimiento extranjero, que no sea un procedimiento extranjero principal, que se siga en un Estado donde el deudor tenga un establecimiento en el sentido del inciso f) del presente artículo;

d) Por "representante extranjero" se entenderá la persona o el órgano, incluso el designado a título provisional, que haya sido facultado en un procedimiento extranjero para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del deudor o para actuar como representante del procedimiento extranjero;

e) Por "tribunal extranjero" se entenderá la autoridad judicial o de otra índole que sea competente a los efectos del control o la supervisión de un procedimiento extranjero;

f) Por "establecimiento" se entenderá todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios.

**Artículo 3.- Obligaciones internacionales del Estado.**-En caso de conflicto entre la presente Ley y una obligación de este Estado nacida de un tratado u otra forma de

acuerdo en el que este Estado sea parte con uno o más Estados, prevalecerán las disposiciones de ese tratado o acuerdo.

*Artículo 4.- [Tribunal o autoridad competente].-* Las funciones a que se refiere la presente Ley relativas al reconocimiento de procedimientos extranjeros y en materia de cooperación con tribunales extranjeros, serán ejercidas por *indíquese el tribunal o tribunales o la autoridad o autoridades que, conforme al derecho interno, sean competentes para ejercer estas funciones*].

*Artículo 5.- Autorización* [indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar la reorganización o liquidación con arreglo al derecho interno de este Estado] *para actuar en un Estado extranjero* [Indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar la reorganización o liquidación con arreglo al derecho interno de este Estado] estará facultado para actuar en un Estado extranjero en representación de un procedimiento abierto en este Estado con arreglo a [indicar aquí la norma de derecho interno relativa a la insolvencia], en la medida en que lo permita la ley extranjera aplicable.

*Artículo 6.- Excepción de orden público.-* Nada de lo dispuesto en la presente Ley obstará para que el tribunal se niegue a adoptar una medida en ella regulada, de ser esa medida manifiestamente contraria al orden público de este Estado.

1 Aquellos Estados en los que algunas de las funciones relacionadas con el procedimiento de insolvencia sean habitualmente conferidas a determinados mandatarios judiciales u órganos públicos podrán, si así lo desean, insertar en el artículo 4, o en algún otro lugar del capítulo I, la disposición siguiente: "Nada de lo dispuesto en la presente Ley afectará a las disposiciones de este Estado relativas a los poderes de que goza [indíquese la denominación de la persona u órgano habitualmente designado]."

*Artículo 7.- Asistencia adicional en virtud de alguna otra norma.-* Nada de lo dispuesto en la presente Ley limitará las facultades que pueda tener un tribunal o [indíquese la denominación de la persona o del órgano a que se encargue de administrar una reorganización o liquidación con arreglo al derecho interno] de prestar asistencia adicional al representante extranjero con arreglo a alguna otra norma de este Estado.

*Artículo 8.- Interpretación.-* En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

## CAPÍTULO II. ACCESO DE LOS REPRESENTANTES Y ACREEDORES EXTRANJEROS A LOS TRIBUNALES DEL ESTADO

*Artículo 9.- Derecho de acceso directo.-* Todo representante extranjero estará legitimado para comparecer directamente ante un tribunal del Estado.

*Artículo 10.- Jurisdicción limitada.-* El solo hecho de la presentación de una solicitud, con arreglo a la presente Ley, ante un tribunal del Estado por un representante extranjero no supone la sumisión de éste ni de los bienes y negocios del deudor en el extranjero a la jurisdicción de los tribunales del Estado para efecto alguno que sea distinto de la solicitud.

*Artículo 11.- Solicitud del representante extranjero de que se abra un procedimiento con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]* Todo representante extranjero estará facultado para solicitar la apertura de un procedimiento con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] si por lo demás se cumplen las condiciones para la apertura de ese procedimiento.

*Artículo 12.- Participación de un representante extranjero en un procedimiento abierto con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]* A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero estará facultado para participar en todo procedimiento que se haya abierto respecto del deudor con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia].

*Artículo 13.- Acceso de los acreedores extranjeros a un procedimiento seguido con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]*

1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo, los acreedores extranjeros gozarán de los mismos derechos que los acreedores nacionales respecto de la apertura de un procedimiento en este Estado y de la participación en él con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia].

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no afectará al orden de prelación de los créditos en un procedimiento abierto con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia], salvo que no se asignará a los créditos de acreedores extranjeros una prelación inferior a [indíquese la categoría de créditos ordinarios no preferentes, y que todo crédito extranjero tendrá una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes cuando el crédito equivalente en el país (por ejemplo, una sanción pecuniaria o, un crédito con pago diferido) tenga una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes]<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> El Estado promulgante tal vez desee considerar la posibilidad de reemplazar el párrafo 2 del artículo 13 por el texto siguiente: "2. Lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no afectará al orden de prelación de los créditos en un procedimiento entablado con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] ni a la exclusión de ese procedimiento de los créditos extranjeros por concepto de impuestos o seguridad social. No obstante, no se dará a los créditos extranjeros que no se refieran a obligaciones tributarias o de seguridad social una prelación inferior a la de [indíquese la categoría de créditos ordinarios no preferentes, y que todo crédito extranjero tendrá una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes cuando los créditos equivalentes en el país (por ejemplo una sanción pecuniaria o un crédito con pago diferido) tengan una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes]."

**Artículo 14.- Notificación a los alrededores en el extranjero con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]**

1. Siempre que, con arreglo [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia], se haya de notificar algún procedimiento a los acreedores que residan en este Estado, esa notificación deberá practicarse también a los acreedores conocidos que no tengan una dirección en este Estado. El tribunal podrá ordenar que se tomen las medidas oportunas a fin de notificar a todo acreedor cuya dirección aún no se conozca.

2. Esa notificación deberá practicarse a cada uno de los acreedores extranjeros por separado, a no ser que el tribunal considere que alguna otra forma de notificación sea más adecuada en las circunstancias del caso. No se requerirá carta rogatoria ni ninguna otra formalidad similar.

3. Cuando se haya de notificar a los acreedores extranjeros la apertura de un procedimiento, la notificación deberá:

a) Señalar un plazo razonable para la presentación de los créditos e indicar el lugar en el que se haya de efectuar esa presentación;

- b) Indicar si los acreedores con créditos garantizados necesitan presentar esos créditos;
- c) Contener cualquier otra información requerida para esa notificación conforme a las leyes de este Estado y a las resoluciones del tribunal.

### CAPÍTULO III. RECONOCIMIENTO DE UN PROCEDIMIENTO EXTRANJERO Y MEDIDAS QUE SE PUEDEN TOMAR

#### *Artículo 15.- Solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero*

1. El representante extranjero podrá solicitar ante el tribunal el reconocimiento del procedimiento extranjero en el que haya sido nombrado.
2. Toda solicitud de reconocimiento deberá presentarse acompañada de:
  - a) Una copia certificada conforme de la resolución por la que se declare abierto el procedimiento extranjero y se nombre el representante extranjero; o
  - b) Un certificado expedido por el tribunal extranjero en el que se acredite la existencia del procedimiento extranjero y el nombramiento del representante extranjero; o
  - c) En ausencia de una prueba conforme a los incisos a) y b), acompañada de cualquier otra prueba admisible por el tribunal de la existencia del procedimiento extranjero y del nombramiento del representante extranjero.
3. Toda solicitud de reconocimiento deberá presentarse acompañada de una declaración en la que se indiquen debidamente los datos de todos los procedimientos extranjeros abiertos respecto del deudor de los que tenga conocimiento el representante extranjero.
4. El tribunal podrá exigir que todo documento presentado en apoyo de una solicitud de reconocimiento sea traducido a un idioma oficial de este Estado.

#### *Artículo 16.- Presunciones relativas al reconocimiento*

1. Si la resolución o el certificado a que se hace referencia en el párrafo 2 del artículo 15 indican que el procedimiento extranjero es un procedimiento en el sentido del inciso a) del artículo 2 y que el representante extranjero es una persona o un órgano en el sentido del inciso d) del artículo 2, el tribunal podrá presumir que ello es así.
2. El tribunal estará facultado para presumir que los documentos que le sean presentados en apoyo de la solicitud de reconocimiento son auténticos, estén o no legalizados.

3. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el domicilio social del deudor o su residencia habitual, si se trata de una persona natural, es el centro de sus principales intereses.

*Artículo 17.- Resolución de reconocimiento de un procedimiento extranjero*

1. Salvo lo dispuesto en el artículo 6, se otorgará reconocimiento a un procedimiento extranjero cuando:

- a) El procedimiento extranjero sea un procedimiento en el sentido del inciso a) del artículo 2;
- b) El representante extranjero que solicite el reconocimiento sea una persona o un órgano en el sentido del inciso d) del artículo 2;
- c) La solicitud cumpla los requisitos del párrafo 2 del artículo 15;
- d) La solicitud haya sido presentada al tribunal competente conforme al artículo 4.

2. Se reconocerá el procedimiento extranjero:

- a) Como procedimiento extranjero principal, si se está tramitando en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses; o
- b) Como procedimiento extranjero no principal, si el deudor tiene en el territorio del Estado del foro extranjero un establecimiento en el sentido del inciso f) del artículo 2.

3. Se dictará a la mayor brevedad posible la resolución relativa al reconocimiento de un procedimiento extranjero.

4. Lo dispuesto en los artículos 15, 16, 17 y 18 no impedirá que se modifique o revoque el reconocimiento caso de demostrarse la ausencia parcial o total de los motivos por los que se otorgó, o que esos motivos han dejado de existir.

*Artículo 18.- Información subsiguiente.*- A partir del momento en que se presente la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero informará sin demora al tribunal de:

- a) Todo cambio importante en la situación del procedimiento extranjero reconocido o en el nombramiento del representante extranjero;
- b) Todo otro procedimiento extranjero que se siga respecto del mismo deudor y del que tenga conocimiento el representante extranjero.

*Artículo 19.- Medidas que se pueden tomar a partir de la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero*

1. Desde la presentación de una solicitud de reconocimiento hasta que se resuelva esa solicitud, el tribunal podrá, a instancia del representante extranjero y cuando sea necesario y urgente para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores, otorgar medidas provisionales, incluidas las siguientes:

- a) Paralizar toda medida de ejecución contra los bienes del deudor;
- b) Encomendar al representante extranjero, o a alguna otra persona designada por el tribunal, la administración o la realización de todos o de parte de los bienes del deudor que se encuentren en el territorio de este Estado, para proteger y preservar el valor de aquellos que, por su naturaleza o por circunstancias concurrentes, sean precederos, expuestos a devaluación, o estén amenazados por cualquier otra causa;
- c) Aplicar cualquiera de las medidas previstas en los incisos c), d) y g) del párrafo 1 del artículo 21 *infra*.

2. [Insértense las disposiciones (o hágase una remisión a las disposiciones vigentes en el Estado promulgante) relativas a la notificación.]

3. A menos que se prorroguen con arreglo a lo previsto en el inciso f) del párrafo 1 del artículo 21, las medidas adoptadas con arreglo al presente artículo quedarán sin efecto cuando se dicte una resolución sobre la solicitud de reconocimiento.

4. El tribunal podrá denegar toda medida prevista en el presente artículo cuando esa medida afecte al desarrollo de un procedimiento extranjero principal.

*Artículo 20.- Efectos del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal*

1. A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero que sea un procedimiento principal:

- a) Quedará en suspenso la iniciación o la continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor;
- b) Quedará en suspenso también toda medida de ejecución contra los bienes del deudor;
- c) Se suspenderá todo derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de algún otro modo de esos bienes.

2. El alcance, la modificación y la extinción de los efectos de paralización y suspensión de que trata el párrafo 1 del presente artículo estarán supeditados a [indíquese toda norma de derecho interno relativa a la insolvencia que sea aplicable a las excepciones, las limitaciones, las modificaciones o la extinción referentes a los efectos de paralización y suspensión de que trata el párrafo 1 del presente artículo].

3. El inciso a) del párrafo 1 del presente artículo no afectará al derecho de iniciar acciones o procedimientos individuales en la medida en que ello sea necesario para preservar un crédito contra el deudor.

4. El párrafo 1 del presente artículo no afectará al derecho de solicitar el inicio de un procedimiento con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] o a presentar créditos en ese procedimiento.

*Artículo 21.- Medidas que se pueden tomar a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero*

1. Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero, ya sea principal o no principal, de ser necesario para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores, el tribunal podrá, a instancia del representante extranjero, dictaminar las medidas que procedan, incluidas las siguientes:

a) Dejar en suspenso la iniciación o la continuación de acciones o procedimientos individuales relativos a los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor que no lo esté ya con arreglo al inciso a) del párrafo 1 del artículo 20;

b) Dejar en suspenso asimismo toda medida de ejecución contra los bienes del deudor que no lo esté ya con arreglo al inciso b) del párrafo 1 del artículo 20;

c) Suspender el ejercicio del derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de esos bienes de algún otro modo que no haya quedado suspendido con arreglo al inciso c) del párrafo 1 del artículo 20;

d) Disponer el examen de testigos, la presentación de pruebas o el suministro de información respecto de los bienes, negocios, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor;

e) Encomendar al representante extranjero, o a alguna otra persona nombrada por el tribunal, la administración o la realización de todos o de parte de los bienes del deudor que se encuentren en el territorio de este Estado;

- f) Prorrogar toda medida cautelar otorgada con arreglo al párrafo 1 del artículo 19;
- g) Conceder cualquier otra medida que, conforme a la legislación de este Estado, sea otorgable a [indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar una reorganización o una liquidación con arreglo al derecho interno].

2. A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, principal o no principal, el tribunal podrá, a instancia del representante extranjero, encomendar al representante extranjero, o a otra persona nombrada por el tribunal, la distribución de todos o de parte de los bienes del deudor que se encuentren en el territorio de este Estado, siempre que el tribunal se asegure de que los intereses de los acreedores en este Estado están suficientemente protegidos.

3. Al tomar medidas con arreglo a este artículo en favor del representante de un procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá asegurarse de que esas medidas se refieran a bienes que, con arreglo al derecho de este Estado, hayan de ser administrados en el marco del procedimiento extranjero no principal o que atañen a información requerida en ese procedimiento extranjero no principal.

*Artículo 22.- Protección de los acreedores y de otras personas interesadas*

1. Al conceder o denegar una medida con arreglo a los artículos 19 ó 21 o al modificar o dejarla sin efecto con arreglo al párrafo 3 del presente artículo, el tribunal deberá asegurarse de que quedan debidamente protegidos los intereses de los acreedores y de otras personas interesadas, incluidos el deudor.

2. El tribunal podrá supeditar toda medida otorgada con arreglo a los artículos 19 ó 21 a las condiciones que juzgue convenientes.

3. A instancia del representante extranjero o de toda persona afectada por alguna medida otorgada con arreglo a los artículos 19 ó 21, o de oficio, el tribunal podrá modificar o dejar sin efecto la medida impugnada.

*Artículo 23.- Acciones de impugnación de actos perjudiciales para los acreedores*

1. A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero estará legitimado para entablar [indíquese los tipos de acciones que, para evitar o de otro modo dejar sin efecto todo acto perjudicial para los acreedores, pueda entablar en este Estado una persona o un órgano que esté administrando una reorganización o una liquidación].

2. Cuando el procedimiento extranjero sea un procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá asegurarse de que la acción afecta a bienes que, con arreglo al derecho interno de este Estado, deban ser administrados en el marco del procedimiento extranjero no principal.

*Artículo 24.- Intervención de un representante extranjero en procedimientos que se sigan en este Estado.-* Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero podrá intervenir, conforme a las condiciones prescritas por el derecho interno de este Estado, en todo procedimiento en que el deudor sea parte.

#### CAPÍTULO IV. COOPERACIÓN CON TRIBUNALES Y REPRESENTANTES EXTRANJEROS

*Artículo 25.- Cooperación y comunicación directa entre un tribunal de este Estado y los tribunales o representantes extranjeros*

1. En los asuntos indicados en el artículo 1, el tribunal deberá cooperar en la medida de lo posible con los tribunales extranjeros o los representantes extranjeros, ya sea directamente o por conducto de [indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro].

2. El tribunal estará facultado para ponerse en comunicación directa con los tribunales o representantes extranjeros o para recabar información o asistencia directa de ellos.

*Artículo 26.- Cooperación y comunicación directa entre [indíquese la denominación de la persona o del órgano encargado de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro] y los representantes extranjeros*

1. En los asuntos indicados en el artículo 1, [indíquese la denominación de la persona o del órgano encargado de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro] deberá cooperar, en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, con los tribunales y representantes extranjeros.

2. [Indíquese la denominación de la persona o del órgano encargado de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro] estará facultado(a), en el ejercicio de sus funciones

y bajo la supervisión del tribunal, para ponerse en comunicación directa con los tribunales o los representantes extranjeros.

*Artículo 27.- Formas de cooperación.*- La cooperación a que se hace referencia en los artículos 25 y 26 podrá ser puesta en práctica por cualquier medio apropiado y, en particular, mediante:

- a) El nombramiento de una persona o de un órgano para que actúe bajo dirección del tribunal;
- b) La comunicación de información por cualquier medio que el tribunal considere oportuno;
- c) La coordinación de la administración y la supervisión de los bienes y negocios del deudor;
- d) La aprobación o la aplicación por los tribunales de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos;
- e) La coordinación de los procedimientos que se estén siguiendo simultáneamente respecto del mismo deudor;
- f) [El Estado que incorpore el nuevo régimen tal vez desee indicar otras formas o ejemplos de cooperación].

## CAPÍTULO V. PROCEDIMIENTOS PARALELOS

*Artículo 28.- Apertura de un procedimiento con arreglo a [identifíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] tras el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal.*- Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, sólo se podrá iniciar un procedimiento con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] cuando el deudor tenga bienes en este Estado y los efectos de este procedimiento se limitarán a los bienes del deudor que se encuentren en este Estado y, en la medida requerida para la puesta en práctica de la cooperación y coordinación previstas en los artículos 25, 26 y 27, a otros bienes del deudor que, con arreglo al derecho interno de este Estado, deban ser administrados en este procedimiento.

*Artículo 29.- Coordinación de un procedimiento seguido con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] y un procedimiento extranjero* Cuando se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor un procedimiento extranjero y un procedimiento con arreglo a [indíquese la norma de la ley de foro relativa a la insolvencia], el tribunal que conozca de éste procurará colaborar y coordinar sus actuaciones con el otro procedimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 27, en los términos siguientes:

a) Cuando el procedimiento seguido en este Estado esté en curso en el momento de presentarse la solicitud de reconocimiento del procedimiento extranjero:

i) Toda medida otorgada con arreglo a los artículos 19 ó 21 deberá ser compatible con el procedimiento seguido en este Estado;

ii) De reconocerse el procedimiento extranjero en este Estado como procedimiento extranjero principal, el artículo 20 no será aplicable;

b) Cuando el procedimiento seguido en este Estado se inicie tras el reconocimiento, o una vez presentada la solicitud de reconocimiento, del procedimiento extranjero:

i) Toda medida que estuviere en vigor con arreglo a los artículos 19 ó 21 será reexaminada por el tribunal y modificada o revocada en caso de ser incompatible con el procedimiento en este Estado;

ii) De haberse reconocido el procedimiento extranjero como procedimiento extranjero principal, la suspensión a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 20 será modificada o revocada con arreglo al párrafo 2 del artículo 20 en caso de ser incompatible con el procedimiento incoado en este Estado;

c) Al conceder, prorrogar o modificar una medida otorgada a un representante de un procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá asegurarse de que esa medida afecta a bienes que, con arreglo al derecho interno de este Estado, deban ser administrados en el procedimiento extranjero no principal o concierne a información necesaria para ese procedimiento.

*Artículo 30.- Coordinación de varios procedimientos extranjeros.-* En los casos contemplados en el artículo 1, cuando se siga más de un procedimiento extranjero respecto de un mismo deudor, el tribunal procurará que haya cooperación y coordinación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 27, y serán aplicables las siguientes reglas:

- a) Toda medida otorgada con arreglo a los artículos 19 ó 21 a un representante de un procedimiento extranjero no principal, una vez reconocido un procedimiento extranjero principal, deberá ser compatible con este último;
- b) Cuando un procedimiento extranjero principal sea reconocido tras el reconocimiento o una vez presentada la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero no principal, toda medida que estuviera en vigor con arreglo a los artículos 19 ó 21 deberá ser reexaminada por el tribunal y modificada o dejada sin efecto caso de ser incompatible con el procedimiento extranjero principal;
- c) Cuando, una vez reconocido un procedimiento extranjero no principal, se otorgue reconocimiento a otro procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá conceder, modificar o dejar sin efecto toda medida que proceda para facilitar la coordinación de los procedimientos.

*Artículo 31.- Presunción de insolvencia basada en el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal.-* Salvo prueba en contrario, el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal constituirá prueba válida de que el deudor es insolvente a los efectos de la apertura de un procedimiento con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia].

*Artículo 32 .-Regla de pago para procedimientos paralelos.-* Sin perjuicio de los titulares de créditos garantizados o derechos reales, un acreedor que haya percibido un cobro parcial respecto de su crédito en un procedimiento seguido en un Estado extranjero con arreglo a una norma relativa a la insolvencia no podrá percibir un nuevo dividendo por ese mismo crédito, es un procedimiento de insolvencia que se siga con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] respecto de ese mismo deudor, mientras el dividendo percibido por los demás acreedores de la misma categoría sea proporcionalmente inferior a la suma ya percibida por el a

ANEXO No.- 2

1.- ¿Se aplican correctamente la normativa internacional con relación al Derecho Concursal?

Si.....

No.....

Indique el por qué de su respuesta:

.....

.....

.....

2.- ¿Debe regularse la Insolvencia Internacional dentro de la Legislación Ecuatoriana?

Si.....

No.....

Indique el por qué de su respuesta:

.....

.....

.....

3- Debe unificarse la legislación internacional con respecto a la Insolvencia y a Quiebras

Si.....

No.....

Indique el por qué de su respuesta:

.....  
.....  
.....

4. ¿Se proveerá de seguridad de jurídica al instaurarse una Ley Concursal con aplicación en el derecho de fuente interna e internacional?

Si.....

No.....

Indique el por qué de su respuesta:

.....  
.....  
.....

Dr. Orly Delgado García

ANEXO No.- 3

Entrevista

1.- ¿Conoce si existe convenios en materia de insolvencia internacional de Derecho Concursal?

Si.....

No.....

Indique el por qué de su respuesta:

.....  
.....  
.....

2.- ¿Señale si la aplicación de derecho extranjero se estaría produciendo vulneración del orden publico interno si no existe legislación?

Si.....

No.....

Indique el por qué de su respuesta:

.....  
.....  
.....

3- ¿Piensa usted que debe existir una regulación en el derecho interno ecuatoriano para que los jueces o tribunales acojan las sentencias dictadas en el extranjero?

Si.....

No.....

Indique el por qué de su respuesta:

.....  
.....  
.....

5. ¿Cree usted que las sentencias dictadas en el extranjero puedan surtir efecto legales y de aplicación inmediata siempre y cuando exista el reconocimiento legal pertinente.-

Si.....

No.....

Indique el por qué de su respuesta:

.....  
.....  
.....

Dr. Orly Delgado García