



ACADEMIA DE  
LA MAGISTRATURA

## REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 2, n.º 2, enero-junio, 2020  
Publicación semestral. Lima, Perú.  
ISSN: 2707-4056 (en línea)  
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n2.05



# Las insolvencias transfronterizas en derecho internacional privado peruano y la empresa transnacional Odebrecht

The border insolvencies in peruvian  
private international law and the Odebrecht  
transnational company

**Fany Mavel Tapia Coba\***

Juzgado de Paz Letrado Civil Comercial de Trujillo  
(La Libertad, Perú)  
ftapiac@pj.gob.pe  
<https://orcid.org/0000-0002-2981-7503>

**Resumen:** El presente artículo es el resultado de una investigación realizada el 2018, acerca de las insolvencias transfronterizas en el derecho internacional privado, dada la coyuntura generada a raíz de la globalización que permitió a las empresas transnacionales abrirse paso en el ámbito internacional, desarrollando actividades en varios Estados o que poseen bienes en distintos territorios nacionales.

La crisis económica que ocurrió al inicio de la década pasada ocasionó que las empresas transnacionales entraran en un estado de insolvencia en

\* Jueza titular de Juzgado de Paz Letrado Civil Comercial, magíster por la Universidad de Jaén, España.

el proceso de globalización del mercado y vieron afectados sus intereses en varios países. Este fenómeno dio lugar a la insolvencia transfronteriza e hizo necesario buscar las respuestas eficaces y oportunas ante la presentación de una solicitud de insolvencia de o contra patrimonio extranjero. Para ello, se tuvo que delimitar la competencia jurisdiccional, determinar la ley aplicable conforme a la cual se resuelva el caso y se planteó la cuestión relativa a la eficacia extraterritorial de las decisiones adoptadas por el juez peruano, en materia de insolvencia transfronteriza internacional.

A mediados del 2018, a raíz del escándalo Lava Jato, resultó involucrada la empresa transnacional Odebrecht, con presencia mundial en varios continentes. Se llegó a investigar cómo se desarrolló el fenómeno coyuntural de la insolvencia transfronteriza de dicha empresa en el Perú analizando la intervención del Estado peruano, cuyas conclusiones y discusiones son de ayuda para los investigadores de los países donde la empresa transnacional ha invertido diversificando su cartera en su desarrollo en el mundo globalizado.

**Palabras clave:** jueces, empresas transnacionales, Derecho internacional privado, competencia jurisdiccional

**Abstract:** The present article is the result of an investigation carried out in 2018, about the cross-border insolvencies in the Private International Law, given the situation generated by the globalization that allowed the transnational companies to make way in the international scope, developing activities in several States or having assets in different national territories.

The economic crisis at the beginning of the last decade caused the transnational companies to enter into a state of insolvency in the process of market globalization, seeing their interests affected in several countries

This phenomenon led to the need to find effective and timely responses to the filing of an application for insolvency of or against foreign assets. To this end, it was necessary to delimit the jurisdiction, determine the applicable law under which the case would be resolved and raise the question of the extraterritorial effectiveness of the decisions made by the Peruvian judge in international cross-border insolvency matters.

In mid 2018, as a result of the Lava Jato scandal, the transnational company Odebrecht, with a worldwide presence in several continents, became involved, leading to an investigation of how the phenomenon of the cross-border insolvency of said company has developed in our country, analyzing the intervention of the Peruvian State, whose conclusions and discussions are helpful to researchers in the countries where the Company the Transnational has invested by diversifying its portfolio in its development in the globalized world.

**Key words:** judges, transnational companies private international law, delimit jurisdiction

RECIBIDO: 2/04/2020  
APROBADO: 10/05/2020

REVISADO: 4/05/2020  
FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

## 1. Introducción

La globalización económica financiera del 2005 al 2010 termina por desembocar la crisis económica mundial que se inicia en Estados Unidos y se expande inmediatamente a Europa y otras regiones del globo terráqueo, perjudicándose principalmente las industrias nacionales e incluso las entidades del sistema financiero.

Ante la crisis económica mundial, entra a tallar el derecho concursal, insolvencia o quiebra, como se conoce en la mayoría de regiones. Este derecho muestra cómo se debe actuar ante la escasez de los recursos constituido patrimonio del deudor, en contraposición al derecho de acreencia, generando una divergencia de intereses con la suma de externalidades negativas del manejo de la empresa y pérdidas de utilidades, obliga a crear la ficción legal de un mercado simulado para la asignación adecuada de recursos.

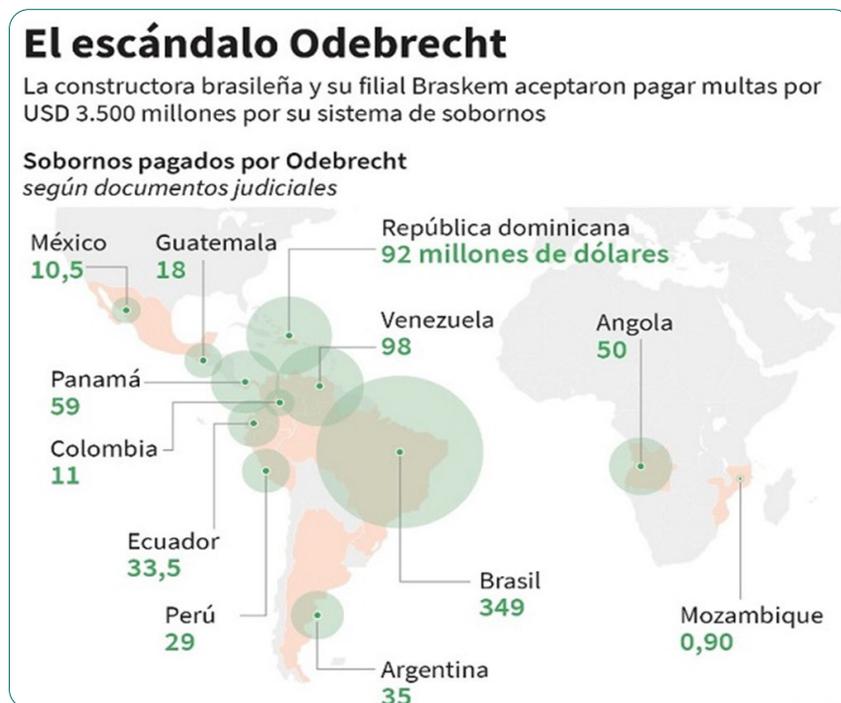
Surgiendo la interrogante ante el fenómeno de la insolvencia transfronteriza, cuales son los criterios correctos a ser adoptados por los tribunales peruanos en dichos casos de las insolvencias transfronterizas a la luz del derecho internacional privado peruano.

La problemática se analizó desde un punto de vista teórico. Sin embargo, la realidad ha sobrepasado el margen de investigación, presentándose el caso que ha superado cualquier nivel de expectativa en casi todos los continentes, nos referimos al escándalo de corrupción más grande registrado en Latinoamérica, **caso Lava Jato**, caso en cual se han visto involucrados directamente jefes de Estado.

La investigación del caso fue realizada por el Departamento de Justicia en los Estados Unidos involucrando a la empresa transnacional Odebrecht. En diciembre del 2016, a través de su representante «confesó ante la justicia de EE. UU. que pagó sobornos por un total de US\$ 788 millones en doce países de Latinoamérica y África» (Castilla y Castro Jonathan, 2017)

La investigación realizada señaló: «Odebrecht S.A. (Odebrecht) una empresa petroquímica brasileña se declaró culpable hoy y acordó pagar una multa total combinada de al menos \$ 3.500 millones para resolver cargos con las autoridades de los Estados Unidos, Brasil y Suiza por haber pagado cientos de millones de dólares de sobornos a funcionarios gubernamentales de todo el

mundo» (Department of Justice 2016). Dichos actos de corrupción involucran según sus declaraciones a los países de Angola, Argentina, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú, República Dominicana, Venezuela, como se detalla en el siguiente cuadro:



Nota: Tomado del Departamento de Justicia estadounidense.

El fenómeno transnacional con la insolvencia se encuentra sinérgicamente conectado, tal como se podrá notar en el caso de análisis de la empresa transfronteriza que se halla incluida en un proceso de insolvencia. En junio de 2019, se ha iniciado el Proceso de Recuperación Judicial en Curso en Brasil (conocido también como el Proceso de Reestructuración). Se está negociando con los acreedores la reestructuración de su deuda por casi 25 millones de dólares americanos. Tienen un plazo de sesenta días para la presentación de un plan de acreedores, correspondiendo analizar dicha insolvencia transfronteriza a la luz del derecho internacional privado.

## 2. Métodos

La presente investigación es de tipo descriptivo. Tiene como objetivo general determinar conforme a la globalización y a la evolución de las empresas transnacionales, cuál es el criterio correcto que deben adoptar los tribunales peruanos en las insolvencias transfronterizas en el derecho internacional privado peruano.

El análisis se realizó específicamente en un caso de coyuntura internacional. La empresa transnacional Odebrecht atraviesa por una crisis patrimonial. También, se ha declarado la insolvencia transfronteriza. De tal forma que al presentarse este problema en el Perú y en otros países no existan contradicciones y afectaciones del derecho internacional privado.

### 3. Resultados

#### El fenómeno transnacional

El fenómeno transnacional es muy antiguo surgió en la edad media y continuó en los siglos siguientes. Declinó en el siglo XIX e inicios del siglo XX. Según se señala es la «causa de las doctrinas soberanistas, que excluían otros actores no estatales, aunque durante bastante tiempo fueron consideradas como algo perteneciente al entorno del Estado, en el que este ejercía el poder predominante. El tema iba a evolucionar en una forma tal que las empresas van adquiriendo una cierta capacidad de desafío al poder del Estado, o si este no es el caso, al menos sí que van a tener capacidad para crear sinergia que puedan llegar a poner obstáculos al uso del poder del Estado» (Field y Wilijam, 1972).

#### Empresas transnacionales

En la definición dada por Jessup (1956), «el concepto de una empresa transnacional engloba las actividades del Estado y la empresa que sobrepasan las fronteras interactuando el derecho internacional con el derecho interno que ayudan a comprender mejor el tema de análisis» (p. 113). Actualmente, se les considera como un instrumento de globalización, ello por organizar y programar la producción mundial, pues en décadas anteriores «la economía mundial estaba en buena parte centrada ya en el mercado, pero dominada por los Estados. Por consiguiente, las empresas transnacionales no podían cambiar ni los mecanismos ni el engranaje del sistema económico internacional, por lo que solo tocaban accesoriamente a la preponderancia estatal.

En esas circunstancias, «la empresa transnacional parecía ser una especie de agente económico del centro de decisión estatal» (López, 2019, p. 206). Dicho contexto ha ido cambiando con el devenir del tiempo. Actualmente, estas empresas han invadido todos los sectores de la economía, constituyéndose en palabras de López en centros internacionales de decisión desafiando a los Estados o supeditándolos a sus propios intereses, tal es así que se han convertido en actores políticos, recurriendo a los mandatarios de Estado, como ha quedado al descubierto en los casos de corrupción en la política nacional e internacional de muchos países.

## 4. Las insolvencias transfronterizas en derecho internacional privado peruano

### Teoría acogida por el derecho internacional privado peruano

En todas las legislaciones sobre el derecho concursal existen tres teorías: la teoría de la territorialidad, la teoría de la universalidad y la teoría de los procedimientos secundarios que se aplican de acuerdo a cada legislación interna,

En el tema del derecho internacional privado peruano no existe norma expresa que establezca la jurisdicción internacional competente en materia concursal. Existe una teoría mixta intermedia, denominada teoría de los procedimientos secundarios, acogida por el ordenamiento legal a través de la cual es posible que la insolvencia principal aperturada en el país de domicilio o sede del deudor, se pueda admitir la apertura de insolvencias parciales o secundarias ante tribunales de otros Estados donde el deudor tenga bienes.

En el Perú, la ventaja de haber acogido dicha teoría es que se pueden superar las diferencias de las legislaciones nacionales en conflicto. Es decir, que no solo podría abarcar el término de quiebra o insolvencia, sino que abre la posibilidad de que incluso se pueda reconocer las reestructuraciones o salvatajes, que es el proceso actual iniciado en el caso de estudio.

### Marco normativo en las insolvencias transfronterizas

Se halla conformado tanto de normas de origen internacional como el derecho interno:

#### Código de derecho internacional (Código de Bustamante)

Este compendio contiene normas generales de derecho internacional privado que han sido ratificado por los países de Brasil, Bolivia, Cuba, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Haití, Honduras, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela. Se establece la competencia de acuerdo a los procesos promovidos por los deudores y los que sus acreedores solicitan. Por lo tanto, la regla de la competencia es fijada según como se origine el proceso y quien sea su peticionario.

A su vez, con relación a la ley aplicable, verifica que la *lex fori* será el principio rector que gobernará el proceso de quiebra, a mayor detalle.

Uzal (2008) sostiene que en principio ha adoptado el criterio de la universalidad de la quiebra internacional afirmando que dicho tratado adoptó los sistemas de la «unidad de juicio de la quiebra o concurso» y de la «universalidad de la quiebra o concurso y sus efectos», de hecho, el código de la Habana consagra el

sistema de la Unidad para el supuesto de que el deudor posea un único domicilio comercial (p. 150).

En palabras de Uzal, se admite la pluralidad de procesos cuando el deudor tenga más de un domicilio comercial o establecimientos económicamente separados en dos o más jurisdicciones internacionales.

### Normativa del derecho internacional privado peruano

**Competencia.** La Ley General del Sistema Concursal n.º 27809 del 2002 establece que los tribunales peruanos cuentan con competencia para conocer de los procesos concursales conforme a la universalidad de los bienes. Incluso si las empresas son extranjeras cuando dicha legislación así lo reconozca. Perú, pese a ello, tendrá competencia para conocer del procedimiento concursal sobre los bienes situados en el Perú.

Es decir, que la competencia sobre el patrimonio declarado en quiebra cuando existan bienes situados en el territorio nacional se rige por el «Fórum Re situs (foro del lugar de situación de los bienes). Presenta una vinculación fáctica y efectiva tan robusta con los bienes y con los acreedores locales en el caso de la quiebra internacional, que se impone razonablemente a la concepción jurídica que cohesiona la universalidad, en la medida de lo dispuesto en el título IV del libro X (Revoredo, 1985, p. 102).

Si bien la cita se refiere a las normas de derecho internacional privado, dada en 1984, la Ley General del Sistema Concursal, n.º 27809 es del 2002. Varía la competencia a cargo del Indecopi (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual), que es un organismo público autónomo adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros. Por lo tanto, la competencia ya no recae en el Poder Judicial, sino que las insolvencias nacionales y extranjeras están a cargo de la instancia administrativa.

Apunta Ezcurra (2005):

la jurisdicción peruana es competente para conocer los procedimientos de insolvencia de manera obligatoria, cuando se trate de personas domiciliadas en el país (...) sin embargo la autoridad concursal peruana no será obligatoriamente competente si se trata de personas que no se encuentran domiciliada en el país, como en el presente caso, sin embargo, la autoridad concursal peruana no será obligatoriamente competente si se trata de personas que no se encuentren domiciliadas en el territorio peruano, pero si en lo que se refiere a los bienes situados en el Perú, mediante un procedimiento secundario de insolvencia.

Específicamente, hace referencia al caso de insolvencia de Odebrecht si lo tramita el Poder Judicial brasileño.

**Ley aplicable.** Podría ser en un primer lugar la ley expresamente elegida por las partes. Sin embargo, en los procedimientos de insolvencia es muy difícil que se pueda determinar convencionalmente la ley aplicable. En otras palabras los procedimientos de insolvencia que se tramite en cualquier país, se rigen por la ley concursal de dicha nación.

## 5. Reconocimiento de decisiones extranjeras

En cuanto al reconocimiento de las decisiones extranjeras existen dos tipos: el primero de manera convencional en tratados internacional y el otro relativo con la normativa interna.

### Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo

Suscrito el 11 de enero de 1989, ratificado por los países de Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay. Se encuentra vigente y dispone que las sentencias y laudos arbitrales en materia comercial de uno de los Estados signatarios, tengan la misma fuerza que en el país donde fueron pronunciados, en tanto provengan de tribunal competente, revistan el carácter de cosa juzgada, haya existido debida citación a la parte condenada y no se opongan al orden público del país de su cumplimiento.

En relación con estos requisitos hay que observar, en primer lugar, que la sentencia extranjera debe provenir del tribunal competente en la esfera internacional. Esto implica que se rechazan las sentencias que invadan la jurisdicción donde se pide el reconocimiento y ejecución o la jurisdicción de un tercer Estado.

### Convención interamericana sobre eficacia territorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjero

Esta Convención fue emitida el día 8 de mayo de 1979 y ha sido ratificada por Argentina, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, y tiene como ámbito aplicación el respeto de sentencias judiciales y laudos arbitrales dictados en procesos civiles, comerciales o laborales.

Cualesquiera de los Estados pueden declarar al momento de ratificar la convención que se aplica también a resoluciones que terminen el proceso, a las dictadas por autoridades que ejerzan alguna función. Sin embargo, dicha convención establece que si la resolución extranjera es contraria al orden público interno no será aplicable. Esto debido al respeto del orden público internacional que es norma general de derecho internacional privado en el sistema interamericano y, desde luego, se refiere a los principios fundamentales

que informan el ordenamiento jurídico donde se pide la aplicación de la ley extranjera o el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera.

### **Derecho internacional privado peruano Exequátur**

La normativa estatal peruana, dentro del derecho internacional privado, establece el reconocimiento de sentencias extranjeras, conocido como el Exequátur. De manera general, reconoce la competencia de otras legislaciones para conocer los procesos de insolvencia. El país extranjero es competente; por tanto, se aplica la Ley Concursal Foránea.

Para el reconocimiento se debe iniciar dos procedimientos: el primero que debe realizarse es el Exequátur, a cargo del Poder Judicial a fin de dar reconocimiento a la sentencia extranjera y, luego de ello, iniciar un segundo proceso ante el Indecopi.

El procedimiento concursal secundario será un proceso respecto de los bienes o derechos situados en territorio peruano, en virtud del cual se procederá a liquidar los bienes del deudor, para con dicho resultado ir pagando los créditos que se registren en el proceso, de acuerdo al orden de prelación que establece la legislación peruana. En este punto es pertinente efectuar algunas precisiones importantes. 1.– En primer lugar, obsérvese que el artículo 2105.º que comentamos contiene en su tercer párrafo una remisión expresa a la «ley de quiebras» lo que parecería indicar que dicho artículo se refiere exclusivamente a la Ley Procesal de Quiebras de 1932, Decreto Ley n.º 7566 o que, al tratar los efectos en el Perú de una quiebra declarada en el extranjero. (Ezcurra, 2005)

Según al entender del jurista, dicho supuesto únicamente se encuentra regulado para los casos de disolución o liquidación de activos. Esto genera un vacío legal respecto a los supuestos de restructuración o salvataje que varias legislaciones extranjeras acogen como primera opción. En tal supuesto, se vuelve al punto de inicio para ver qué norma se tendría que aplicar, siendo necesario revisar los convenios o tratados a fin de buscar la respuesta válida.

Por otro lado, el Código Procesal Civil peruano establece que el reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero se interpone ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior en cuya competencia territorial tiene su domicilio la persona contra quien se pretende hacer valer la sentencia o el laudo. Se presume la reciprocidad en la aceptación y ejecución. Es suficiente que los documentos estén legalizados y, de ser el caso, traducidos al idioma respectivo. La vía procedimental que corresponde es la del proceso no contencioso a tenor de lo dispuesto por el numeral 749, inciso 11 del Código Procesal Civil. Al finalizar el proceso, la Sala Civil pertinente dispone la entrega de copias certificadas al solicitante y el expediente original se queda en el archivo del juzgado.

## Odebrecht como empresa transnacional y grupo de poder en el Perú

Comercialmente se le conoce como Odebrecht.

Es una sociedad anónima abierta que cotiza en bolsa, aún mantiene ciertos rasgos de los grupos económicos latinoamericanos. Por otro lado, Odebrecht tuvo un proceso de internalización, siguiendo la tendencia de las grandes empresas estadounidenses y europeas de aumentar progresivamente su tamaño hasta convertirse en una corporación multinacional. De esta manera la corporación trascendió sus fronteras, con el objetivo de penetrar nuevos mercados y establecerse en otro país, ampliando considerablemente su producción y actividad. (Hymer, 1997, p. 135)

Esta empresa no ha logrado posesionarse en Estados Unidos y Europa. Según Pedreira (2009):

esto se debe a que las grandes constructoras norteamericanas europeas y japonesas han copado sus mercados locales e influyen para que la penetración de Odebrecht a estas regiones sea muy difícil; no obstante, regiones como América Latina, África y Asia no poseen empresas propias tan poderosas que pueden frenar el ingreso de Odebrecht. (p. 109)

Como se precisa, es una empresa transnacional constituida como grupo económico brasileño, con operaciones en diversas áreas de infraestructura que le ha permitido posesionarse como una de las corporaciones más grandes de América Latina.

En el Perú, ha ejercido gran influencia ante el Estado, no solo ejerciendo un gran poder económico sino también un poder político total desde hace décadas. Como refieren los expertos:

tras una empresa tan grande como Odebrecht, siempre hay un Estado fuerte que financia y estructura el campo jurídico y político para que pueda actuar. Esto se debe a que Brasil, como líder indiscutible de la región y el único país con reconocimiento de potencia emergente, necesita siempre de empresas transnacionales que actúen dentro y fuera del país, llevando su marca y creando su imagen junto a la del país potencia para acentuar su hegemonía. (Sagioro, 2013, p. 11)

Por su parte, como indica Durand (2012):

se puede afirmar que las grandes empresas multinacionales en Perú pueden conseguir fácilmente conexiones locales para establecer efectivas redes sociales (networking) por medio de joint ventures con empresas locales influyentes, pago a prestigiosos estudios de abogados, a expertos tributarios, a analistas de opinión, capacidad de alto gasto en publicidad, financiación de campañas electorales. (p. 29)

Es decir, que como afirman estos autores dicha empresa se ha convertido gracias a sus influencias económicas en un grupo de poder en el ámbito político, que ha permitido el incumplimiento de contratos asumidos con el Estado.

## Insolvencia transfronteriza de Odebrecht

La empresa transfronteriza Odebrecht, en junio de 2019, ha iniciado el proceso de recuperación judicial en Brasil (que es lo que se conoce como el proceso de reestructuración en la legislación peruana) negociando con sus acreedores la reestructuración de su deuda, por casi 25 millones de dólares americanos. El plazo de duración es de sesenta días para la presentación de un plan de acreedores y su principal acreedor el Caixa Federal, banco brasileño.

El principal acreedor el Caixa Federal banco estatal de Brasil, solicitó al juez a cargo la quiebra de Odebrecht y la destitución de los administradores con la respectiva convocatoria a una asamblea general de acreedores para elegir nuevos gestores. En su recurso expuso «todavía y más grave, el citado plan, además de no tener un plan de recuperación real que debería tener, está lleno de ilegalidades, con autorizaciones genéricas, previsión supresión de garantías y tratamiento diferenciado de acreedores» (Diario *El Comercio*, 2019).

Ante esta coyuntura, dado el escándalo de corrupción internacional, sindicando al caso Lava Jato como el principal motivo de la crisis por las cuantiosas reparaciones que tiene que pagar a los Estados, el 7 de noviembre de 2019, se ha denegado la solicitud realizada por el Banco Estatal ante el tribunal brasileño, indicando que continua el salvataje.

El mismo pedido de reestructuración se ha realizado en agosto de 2019 en Nueva York, Estados Unidos, al amparo del Capítulo 15 de la Ley de Bancarrota de Estados Unidos. De acuerdo a las publicaciones periodísticas «la empresa debe reestructurar alrededor de 22 490 millones de euros de deuda (25 000 millones de dólares). Si el procedimiento brasileño es reconocido en el tribunal de Nueva York, Odebrecht podría disfrutar de los beneficios de las leyes de bancarrota de los Estados Unidos como la protección contra la incautación de activos en el país» (Diario *Gestión*, 2019).

A través del mencionado requerimiento, busca proteger activos en el exterior, evitando ataques de acreedores mientras se desarrolla el proceso principal de recuperación judicial en su país de origen Brasil.

En el Perú, el 2017 ante el escándalo suscitado, el vocero de la Asociación de Proveedoras de Odebrecht en el Perú, Hugo Alache Correa, informó ante los medios de comunicación que «la constructora brasileña no cumplió con pagar los 35,7 millones de soles que adeuda a las pequeñas y medianas empresas que contrató para los megaproyectos. A través de una carta, pidió disculpas y aseguró que no tiene dinero» (Diario *La República*, 2017). Esta crisis de la transnacional coadyuvó a la insolvencia de 157 empresas peruanas generando desempleo de nueve mil personas y ocasionó la ejecución de las garantías de ciento treinta y siete proveedores.

Se estima que dicha participación abarca un promedio de cincuenta y cinco razones sociales donde el capital no solo se vería afectado por las deudas existentes sino que incluso la venta de sus activos líquidos de Olmos, Lima Norte, Lima sur, Rutas de Lima y Maquinarias serían insuficientes para cubrir su deuda. En el Perú, en un futuro no lejano, posiblemente, se establezca un proceso concursal, pues existen empresas perjudicadas por la crisis patrimonial. Incluso el mismo proceso concursal se va a presentar en cada uno de los países donde ha intervenido esta transnacional de capital brasileña.

## 6. Discusión

### Aplicación de la normatividad en las insolvencias transfronterizas en Perú

Como se ha desarrollado el problema de la insolvencia transfronteriza, este no es un problema aislado, sino que traspasa las fronteras de los diferentes países. Existen vacíos y normas obsoletas que impiden estar a la vanguardia de otras legislaciones.

El único instrumento vigente internacional es el Código de Bustamante que hace referencia a la cooperación procesal internacional. Se basa en la universalidad de los procesos, dado que los efectos producidos por la quiebra o concurso dentro de un Estado, tanto los personales como los que recaen sobre los bienes, obligaciones y facultades de los síndicos de la masa fallida, se extienden a los demás Estados.

No se puede dejar de observar que la legislación peruana ha optado por la teoría de procedimientos secundarios para el reconocimiento de cualquier proceso iniciado en el exterior sea de liquidación o reestructuración del concurso principal extranjero. Sin embargo, en nuestro medio solamente podría llevarse adelante un proceso de liquidación.

A través de esta teoría podría ampliarse el margen de actuación de las legislaciones de países que no tienen vinculación por tratado internacional a fin de dar una respuesta efectiva a la insolvencia transfronteriza. Tal es así que el derecho concursal es un derecho bifronte (dos frentes) de normas externas e internas que complican la determinación de la ley aplicable.

Además de la regla *Lex Fori*, puede ser de aplicación la *Lex Siatæ*, toda la materia pertinente al procedimiento concursal. Sin embargo, respecto a la verificación de los créditos y sus efectos, la regla se rige por la ley del país donde estos se constituyeran, así como las garantías reales por la ley del lugar de ubicación de los bienes. No obstante, la clasificación general de los créditos o el orden del establecimiento de los privilegios es regulado por la *Lex Fori*.

El Código Civil en el libro del derecho internacional privado indica que los tribunales peruanos son competentes para conocer los procesos de empresas domiciliadas en Perú. Asimismo, hace referencia a que cuando la autoridad concursal es competente, será el derecho peruano el aplicable.

La misma regla figura en el precedente administrativo contenido en la Resolución n.º 0335-2002/TCD-INDECOPI dictada en el expediente n.º 553-1999/CSM-ODI-CAMARA 17/17. Indica que se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y a falta de acuerdo se debe guiar por las normas peruanas, puesto que no se señala cuál es el trámite que se debe seguir en las insolvencias transfronterizas. Además, se puede iniciar un proceso de insolvencia conforme a la normativa interna en el procedimiento establecido por Indecopi. Se debe publicitar el concurso de dicha empresa y de acuerdo a la teoría regida en nuestro medio se debe proteger al acreedor local. Es decir, que es un proceso independiente del que se desarrolle en el extranjero.

En el caso de presentarse un conflicto de normas y abierto el procedimiento concursal (*Lex Concursus*) en Perú, se determina que se registrará por leyes peruanas. Se evita así aplicar normas contrarias al ordenamiento interno y ante el concurso de más sucursales, no impide que sus acreedores puedan dirigirse contra el patrimonio de la principal sucursal para satisfacer sus intereses crediticios.

Si bien hasta que no se produzca el cambio normativo necesario, los tribunales peruanos (sea Indecopi o Poder Judicial) serán competentes para conocer de las insolvencias transfronterizas conforme a la normativa interna nacional. Sin embargo, debe registrarse de forma similar o igual a la norma peruana.

La resolución de declaración de quiebra dictada que en uno de los Estados contratantes se puede ejecutar en los demás para poder efectivizar la decisión adoptada, en cualquier caso, entre los Estados partes. Deberá requerirse el *exequátur*, pues el auto de declaratoria de quiebra o concurso dictado en uno de los Estados contratantes se ejecutará en los casos y formas establecidos en el Código Civil para las resoluciones judiciales. Sin embargo, producirá los efectos de cosa juzgada, desde el momento que permanezca firme y en los Estados contratantes efectos extraterritoriales mediante el cumplimiento previo de las formalidades de registro o publicación que exija la legislación de cada uno de ellos.

En cuanto al procedimiento que se refiere el artículo 2105 del Código Civil (Sentencia Extranjera en caso de Insolvencia) permite que el juez peruano pueda dictar algunas medidas preventivas. Sin embargo, desde el 2002 dicha competencia recae en Indecopi que podría reconocer dicha resolución, que no será necesariamente una sentencia.

Todavía no se ha pensado en la posibilidad del reconocimiento automático. Esto a pesar que las normas supranacionales en marco de cooperación internacional, facilitan que se pueda llevar a cabo el reconocimiento de una resolución de carácter extranjero través del reconociendo interno de cada país.

### **Particularidades desde el punto de vista normativo y caso de estudio Odebrecht**

Conforme a las normas descritas de forma general, llama la atención que para el caso Odebrecht se haya emitido una ley particular. Antes de aplicar las normas sobre insolvencia transfronteriza se ha emitido el Decreto de Urgencia 003-2017, publicado el 13 de febrero de 2017. A través de este dictamen se promulgaron medidas extraordinarias para evitar la paralización de la ejecución de obras públicas o asociaciones público privadas y la ruptura de la cadena de pagos que exponían a un grave riesgo el desempeño económico del país. Todo esto como consecuencia de actos de corrupción efectuados a través de las empresas concesionarias, contratistas, socios, partes del consorcio condenadas o que hayan admitido la comisión de delitos contra la administración pública o de lavado de activos.

En un principio la norma tenía vigencia de un año, hasta el 13 de febrero de 2018. Luego, fue prorrogado por el Decreto de Urgencia n.º 003-2018 (en adelante D. U. n.º 3) cuya norma asegura la continuidad de los proyectos de inversión para la prestación de servicios públicos y cautela de pago de reparación civil a favor del Estado en casos de corrupción.

Con respecto a la suspensión de las transferencias al exterior de capitales, dividendos o utilidades, la Contraloría General de la República asegura que el D. U. n.º 3 no cuenta con mecanismos de control. Tampoco establece el método de cálculo para la reparación civil y al no tener certeza sobre ello, se afectan los flujos financieros de las empresas. Esto a su vez genera el incumplimiento de pagos a proveedores, empresas financieras y la ejecución de inversiones.

Por su parte, el Poder Ejecutivo envió al Congreso de la República con carácter de urgencia, el Proyecto de la ley n.º 2408-2017.PE que buscaba asegurar el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado. Dicho proyecto fue promulgado a través de la Ley n.º 30737 el 11 de marzo de 2018, reemplazando al D. U. n.º 003-2017. Esta prevé en su décima tercera disposición complementaria final, incentivos al procedimiento de colaboración, facultando al Ministerio Público que, en caso arribe a un acuerdo con una persona jurídica colaboradora, puede eximir, reducir o suspender los alcances de la ley.

Como se hace referencia, la Ley 30737, tienen como finalidad asegurar el pago de la reparación civil al Estado. Sin embargo, lejos de lograr dicho objetivo, ha colisionando con las normas concursales y con la economía en general. Pretende mantener en jurisdicción del Ministerio de Justicia el tema de fideicomisos.

Con dicha norma la empresa transfronteriza Odebrecht ha salido beneficiada por cuanto reduce el monto de la reparación civil y sobretodo ha impedido el sometimiento a proceso concursal con anterioridad. Incluso se especula, que tal como ha ocurrido en Brasil y Estados Unidos por el *holding* que se maneja en Perú, la misma empresa solicite el reconocimiento de su insolvencia transfronteriza, debido a la presión de sus acreedores, las obligaciones económicas por los casos de corrupción y la reducción de su carteras.

Si se analiza el efecto colateral, el favorecimiento a dicha empresa transfronteriza ha permitido que varias industrias nacionales entren en estado de insolvencia. Incluso la propia Sunat como acreedor mayoritario, no ha podido hacer cobros de deudas. Los financiamientos de campaña, el favorecimiento de la buena pro de las principales obras de infraestructura a Odebrecht, y la celebración de contratos millonarios estatales, han impedido que dichas cifras ingresen en los mismos países subdesarrollados. Estas naciones han seguido soportando el yugo de un grupo de poder extranjero que no solo ha intervenido en la economía estatal sino, también, en la promulgación de normas de protección propias en beneficio solo del grupo económico del poder y los funcionarios que han realizado las negociaciones turbias.

La promulgación de normas se ha seguido dando, tal es así que se ha emitido el D. U. n.º 03-2018, norma muy cuestionable, toda vez que solo recae frente a un caso específico y es un mecanismo legal creado para el cobro de reparaciones civiles. Sin embargo, genera dudas sobre si existe o no algún límite temporal para determinar si las sentencias emitidas con anterioridad a la vigencia del dispositivo legal tienen consecuencias normativas.

Al considerar la norma como tope de retenciones el promedio del margen neto de ganancia de los proyectos, el monto a ser retenido se encuentra sujeto a la diversidad de márgenes de utilidad de las empresas, lo que depende de su eficiencia, productividad y políticas financieras.

Dejar de actuar frente a la insolvencia transfronteriza y a la promulgación de normas específicas, puede dar lugar a que se disponga libremente del patrimonio de la empresa. Esta situación permitirá la salida del capital del territorio peruano, no solo burlando a los acreedores nacionales, sino inclusive al pago de las reparaciones civiles al disponer de sus activos. Incluso puede verse beneficiado como lo ha hecho en Estados Unidos.

## 7. Conclusiones

- a) Conforme a las tendencias actuales del cambio de la insolvencia transfronteriza es necesario que la legislación peruana se adecúe a las normas internacionales vigentes, sin que ello implique necesariamente tener que suscribir convenios o tratados internacionales que resulta más complicado. Sin embargo, internamente puede modificarse ciertas normas para dar un marco normativo estable y previsible que ayude a fomentar las inversiones de capitales internacionales.
- b) En caso de insolvencias transfronterizas y las solicitudes en Perú, necesariamente se deberá determinar previamente si la empresa extranjera forma o no parte de los acuerdos y tratados internacionales para determinar la competencia y ley aplicable. Si esta norma aplicable remite a la ley peruana, tendrá que tenerse en cuenta las normas de derecho internacional privado del Código Civil peruano que concuerda con la Ley Concursal para determinar si corresponde la competencia a Indecopi o al Poder Judicial.
- c) En las insolvencias transfronterizas de debe aplicar las normas y teorías reconocidas internacionalmente de manera genérica. Sin embargo, el Estado peruano parece haber olvidado que en casos de insolvencias también es uno de los principales acreedores y con orden de preferencia de pagos, incluso normas preestablecidas que hacen transparente cualquier proceso concursal. Además, es más ágil que la promulgación de normas especiales o particulares que entrarían en debates políticos.
- d) El caso de la empresa transnacional Odebrecht ha quedado comprobado que se trata de un grupo de poder económico y político presente hace décadas en el Perú. Conjuntamente con las principales entidades estatales no han respetado el marco normativo interno modificando a su libre albedrío las normas y el favorecimiento de las principales obras públicas.
- e) Desde el punto de vista del derecho concursal, la promulgación de normas especiales no solo ha perjudicado a sus acreedores directos, sino que se han generado una serie de insolvencias internas y falta de crecimiento de empresas nacionales. Se han negociado concesiones turbias e incluso sobrecostos de los proyectos que han generando una competencia desleal distorsionando el mercado peruano.
- f) La no aplicación de las normas de la insolvencia transfronterizas preestablecidas y la promulgación de normas especiales han

provocado la dispersión de los bienes de la empresa transnacional Odebrecht. Estas acciones han logrado separar los activos y los recursos como los fideicomiso que garantizan el pago de la reparación civil, evitando que la empresa entre en estado de insolvencia. No asuma las obligaciones con sus acreedores, trabajadores y menos realiza el pago de reparación civil; incluso, se ha visto beneficiada con la colaboración eficaz que le impiden seguirle procesos penales en su contra.

## Referencias

- Banco estatal de Brasil pide a la Justicia declarar a Odebrecht en bancarrota. (03 de octubre de 2019). *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/mundo/justicia/odebrecht-brasil-caixa-economica-federal-pide-a-la-justicia-que-decrete-quebra-de-la-empresa-noticia/>
- Castilla, O y Castro J. (2017). *La lista negra del caso Lava Jato*. <https://lavajato.ojo-publico.com/>
- Constructora brasileña Odebrecht se declara en bancarrota también en EEUU. (27 de agosto de 2019). *Gestión*. <https://gestion.pe/economia/empresas/la-constructora-brasilena-odebrecht-se-declara-en-bancarrotatambien-en-eeuu-noticia/>
- Department of Justice Odebrecht And Braskem Plead Guilty and Agree to pay At Least \$ 3.5 Billion In Global Criminal Penalties to resolve largest foreign bribery case in history. (21 de diciembre de 2016). <https://www.justice.gov/usao-edny/pr/odebrecht-and-braskem.plead-guilty-and-agree-pav-least.35.billion.global-criminal>.
- Durand, F. (2010). *La mano invisible en el Estado*. Crítica a los neoliberales criollos. Fondo Editorial Pedagógico San Marco.
- Escorra, H. (2005), *La quiebra declarada en el extranjero y sus efectos en territorio peruano*. [www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/.../2005hequiebradeclarada.pdf](http://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/.../2005hequiebradeclarada.pdf)
- Field, J. y Wilijam, A. (1972). *Transnationalism and the new tribe en, en Keohane y Nye* (Ed.), *Transnational Relations and World Politics*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University press,
- Hymer, S. (1997). *Las empresas multinacionales y la ley de desarrollo desigual*. En: Bhagwati, Jagdish. *La economía y el nuevo orden mundial*. Mexico: Siglo XXI.
- Jessup, P. (1956). *Transnational law new haven*, Yale University Press.

Odebrecht provocó la quiebra de 147 empresas peruanas. (25 de octubre del 2017). *La República*. <https://larepublica.pe/politica/1136486-odebrecht-provoco-la-quiebra-de-147-empresas-peruanas/>

Pedreira P. (2009). *As origens da internacionalizacao das empresas de engenhariabrasileiras*. En Instituto Rosa Luxemburg Stiftung.

Revoredo, D. (1985). *Código Civil*. Exposición de Motivos.

Sagioro, A. (2013). *Empresa transnacionais brasileiras: dupla frente de luta*. En Instituto Rosa Luxemburg Stiftung.

Uzal, M. (2008). *Procesos de Insolvencia en el Derecho Internacional Privado*. La Ley 4 de la territorialidad, fraccionamiento o pluralidad de la quiebra.