

Concursos con repercusión transnacional

La Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Insolvencia Transfronteriza (*)

Por Adolfo A.N. Rouillon (**)

I. La insuficiencia de las reglas argentinas de Derecho Internacional Privado concursal y las alternativas para su mejora¹

Al inicio del siglo XXI, el panorama que exhibe el régimen concursal argentino para insolvencias transfronterizas está signado por la *insuficiencia* y la *falta de actualización* de sus reglas, tanto las de fuente internacional como las de fuente interna.

Las primeras de ellas –de *fuerza internacional*– siguen siendo solamente las contenidas en el Tratado de Montevideo de 1889 (ratificado por Perú, Bolivia, Colombia, Paraguay, Uruguay y Argentina) y en el Tratado de Montevideo de 1940 (ratificado por Paraguay, Uruguay y Argentina). En los pocos casos en que se ha hecho aplicación de estos Tratados, se ha puesto en evidencia que sus reglas no conducen a soluciones rápidas, prácticas ni eficientes de los problemas que plantean los concursos con repercusión transfronteriza. Además, y respecto de los países vecinos, en los últimos diez años la Argentina ha incrementado las relaciones económicas y el intercambio comercial principalmente con Brasil y con Chile, dos naciones fronterizas que no son partes de esos Tratados ni han manifestado intenciones de adherirse a ellos. De ahí también la *escasa relevancia* actual de los Tratados de Montevideo, único régimen argentino de *fuerza internacional* en vigencia para insolvencias transfronterizas.

En cuanto a las reglas de *fuerza interna* –artículo 2 inciso 2, artículo 3 inciso 5, y artículo 4, de la ley de concursos No. 24.522–, aunque contenidas en ese cuerpo legal sancionado en 1995, en realidad corresponden, con algunos retoques, a concepciones elaboradas en el siglo XIX². Entonces no se tenía en mira el principal problema actual de las insolvencias transfronterizas –las dificultades de la actuación rápida, coordinada y eficiente, entre tribunales y funcionarios de diferentes países, para lograr la supervivencia de la empresa transnacional concursada pero viable, *reorganizarla*, mantener el valor de ella en funcionamiento y preservar empleos–, sino que sólo se miraba al concurso *liquidativo* (quiebra) para enfocar la cuestión de la distribución de ciertos activos locales dando preferencia a algunos acreedores domésticos o, lisa y llanamente, discriminando a los acreedores foráneos. Nuestro sistema de *fuerza interna* para insolvencias transfronterizas nació signado por la *regla de las preferencias locales*. Y si bien la discriminación contenida en la *regla de las preferencias locales* ha sido sensiblemente acotada, por la reforma legislativa de 1983 y por la aplicación jurisprudencial posterior, cierto matiz discriminatorio subsiste en alguna medida. También tiene un sesgo discriminatorio la *regla de la reciprocidad*. Igualmente, constituyen manifestaciones de *protección de los créditos "locales"* (*pagaderos en la Argentina*), y consiguiente discriminación respecto de los *créditos pagaderos exclusivamente en el extranjero*: (a) la posibilidad de declarar la quiebra en la Argentina de los *bienes existentes en el país y pertenecientes a deudor domiciliado en el extranjero*, ya que sólo el acreedor con crédito local podría peticionar esta quiebra; (b) la imposibilidad de invocar un concurso extranjero para *disputar derechos a los acreedores locales sobre bienes existentes en el país ni para anular los actos celebrados por ellos con el concursado*; (c) la posibilidad de declarar la quiebra del deudor *declarado en concurso en el extranjero*, sin necesidad de acreditar el estado de cesación de pagos, que sólo se habilita al *acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República Argentina*. Todas esas reglas discriminatorias lucen como incongruentes con los lineamientos de la política económica y de la política internacional hoy vigentes en el país. Tampoco

se advierten cuáles son las actuales ventajas de mantener esas reglas que, aunque van perdiendo relevancia en la legislación y, en los últimos quince años, no han dado lugar a fallos jurisprudenciales chauvinistas, todavía mantienen una imagen discriminatoria inútil y contraproducente. En síntesis, un régimen *anacrónico* respecto de la realidad argentina presente, de nuestra inserción en la economía regional y global, de la manera como hoy se llevan a cabo las transacciones económicas y financieras, de los sistemas contemporáneos de comunicaciones, y de la principal problemática actual de los procesos concursales de reorganización de empresas transfronterizas.

Frente a esa pobreza normativa³, la realidad económica de los tiempos que corren hace prever que los jueces argentinos deberán enfrentar un número cada vez más alto de casos con cuestiones internacionales de insolvencia. Sin embargo, el derecho argentino de insolvencias transfronterizas aún carece de reglas modernas para solucionar los principales problemas que han de presentarse. Ellos, en síntesis, son: el *reconocimiento* de los procedimientos extranjeros de insolvencia, el *acceso* a la justicia argentina de los administradores de esos procedimientos extranjeros de insolvencia, y la *cooperación* internacional entre jueces concursales argentinos y extranjeros. Por estas cuestiones, y no por las anacrónicas, insuficientes e ineficaces reglas que hoy tenemos, pasa el derecho concursal internacional del tercer milenio.

Emerge así la cuestión acerca de los caminos que pueden recorrerse para mejorar el panorama descripto. Simplificando, las alternativas pueden reducirse a dos: celebrar nuevos tratados internacionales o sustituir la legislación interna. Cabe aclarar que las alternativas *no son excluyentes*. Son distintas, tienen diferentes ventajas e inconvenientes —que someramente analizaremos a continuación—, pero pueden abordarse de manera simultánea sin que la mejora obtenida en una vía cierre el paso a los esfuerzos que puedan hacerse en la otra.

II. El camino de los tratados internacionales sobre procedimientos de insolvencia con repercusión transfronteriza

La experiencia mundial muestra que el camino de los tratados o convenciones internacionales multilaterales sobre procedimientos concursales es difícil de recorrer y pocas veces conduce a buen destino. En otras palabras, los intentos de regulación internacional de algunos aspectos de los concursos transfronterizos sólo han redundado en escasas concreciones. Al respecto, basta señalar que, además de los ya mencionados *Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940*, en el mundo sólo pueden exhibirse como ejemplos relevantes en la materia al *Código de Bustamante*, firmado en la Conferencia de La Habana de 1928 y ratificado por Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela; y a la *Convención Nórdica sobre Quiebras*, firmada en Copenhague en 1933 y de la cual son partes Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia.

El más ambicioso intento multinacional de convenio sobre procedimientos concursales llevado a cabo en los últimos tiempos ha sido, sin duda, la *Convención de la Unión Europea sobre Procedimientos de Insolvencia*⁴. Dentro de un ámbito internacional favorable a la armonización legislativa, como es el contexto de los países de la Unión Europea que componen el espacio geográfico multinacional más fuertemente integrado en materia económica del mundo, con avances y retrocesos se trabajó desde 1960 en diversos borradores de convenios sobre nuestra materia. Recién en septiembre de 1995 —después de 35 años de esfuerzos— se aprobó por el Consejo de Ministros de la Unión Europea el texto de una convención sobre procedimientos de insolvencia que, para entrar en vigencia, debía ser firmada por los quince países de la Unión, entre el 23 de noviembre de 1995 y el 23 de mayo de 1996. La efectiva vigencia se produciría sólo cuando el último de los países ratificase la convención, y en la medida en que lo hiciera dentro de ese lapso. Ocurrió que catorce Estados miembros habían ratificado la convención, cuando el Reino Unido —único faltante— se negó a hacerlo. Periodísticamente se interpretó que ello era muestra de la insatisfacción de ese país con la política seguida entonces por sus socios europeos en el tema de la exportación británica de carnes a raíz del llamado “mal de la vaca loca” o encefalopatía espongiforme bovina. Interpretaciones posteriores —más técnicas— atribuyen la negativa a impedimentos que emergerían de la propia convención, y que influirían de manera adversa al Reino Unido en la vieja controversia con España acerca de la soberanía sobre el territorio de Gibraltar⁵. Cualquiera fuese el motivo de la negativa británica, lo cierto es que produjo el lamentable resultado de dejar en vía muerta al más logrado esfuerzo contemporáneo multinacional en la materia. Hoy, cinco años después, todavía se

discute qué hacer para tratar de revivir esta obra, asumiéndose que resucitarla como convención es prácticamente imposible ya que supondría abrir interminables discusiones sobre temas acerca de los cuales fue ya difícil acordar antes de 1995. Así, se ha pensado en ponerla en vigor entre los catorce países restantes, lo cual dejaría a un socio de la Unión –el Reino Unido- en situación muy incómoda, además de que no se trataría ya de un convenio de la Unión y, en consecuencia, la Corte Europea de Justicia carecería de competencia. Otra alternativa propuesta ha sido incorporar el contenido de la frustrada convención como una regulación dentro del Tratado de Amsterdam sobre Cooperación Judicial en Materia Civil, permitiendo a las naciones europeas adoptarla o no, aunque aún es incierto el destino que así tendría.

El ejemplo europeo al que sintéticamente hemos referido es emblemático en cuanto muestra las dificultades y desventajas del camino de los tratados internacionales multilaterales en materia de procedimientos de insolvencia: *enorme esfuerzo* para negociar cada cláusula con varios países, *tiempos impredecibles* para concluir la negociación, *inciertos resultados* y, en el mejor de los supuestos, *alcances limitados* a un (necesariamente) reducido grupo de países.

En el caso de la Argentina, hoy resulta impensable abrir un proceso de negociación de un tratado sobre insolvencia transfronteriza más allá de los países de la región, actual o potencialmente miembros del Mercosur. Inclusive respecto de ellos no es seguro que los que no son partes de los Tratados de Montevideo –Brasil y Chile- estén dispuestos a encarar tal negociación. De toda suerte, aunque ello fuere factible, en el mejor de los casos el resultado favorable concretado en un tratado o convención internacional sobre insolvencias transnacionales solamente remediaría los problemas de los concursos transfronterizos dentro del espacio geográfico del Mercosur, dejando libradas al régimen de fuente interna las cuestiones que pudiesen emerger cuando la internacionalidad se produjese con cualquier otro país del universo. Esto muestra que remozar el régimen argentino para insolvencias transfronterizas de *fuente interna* es prioritario, independientemente de los esfuerzos que, simultánea o sucesivamente, pudieran encararse en el ámbito regional o del Mercosur. Por fin, es de señalar que la hipótesis ideal de alcanzar un tratado en ese ámbito y, a la vez, la actualización del régimen interno, dejaría intacta la prevalencia del tratado entre los países ratificantes.

III. La alternativa de mejorar la legislación interna estableciendo reglas de cooperación en los procedimientos de insolvencia con repercusión transfronteriza

Frente a los señalados inconvenientes que exhibe la elección del camino de los tratados internacionales (cuando se lo elige como única vía a transitar), se alzan las ventajas de la alternativa del remozamiento de la legislación nacional en el tema. Ello, a nuestro juicio, es prioritario e independiente de que se encaren, simultánea o sucesivamente, procesos de negociación de convenciones o tratados internacionales.

Es evidente que la reforma de la legislación nacional exige un *esfuerzo menor*, al estar circunscriptos el debate y la aprobación del nuevo régimen sólo a las autoridades legislativas nacionales. Por eso, también el *tiempo* para adoptar en el orden interno nuevas soluciones puede ser *breve*, y los *resultados predecibles*. Asimismo, el *alcance sería universal*, aunque entendido esto en sentido *unilateral*; vale decir, el régimen de reglas argentinas de fuente interna se aplicaría universalmente, a cualquier concurso con elementos transfronterizos, salvo que se tratare de países que fuesen partes, con la Argentina, en tratados o convenciones internacionales sobre la materia. Como estos últimos siempre habrían de prevalecer sobre la legislación interna, se advierte la *compatibilidad y complementariedad* de la *fuente interna* respecto de la *fuente internacional*.

En otro orden, es dable resaltar que en la Argentina hay mucha mayor experiencia jurisprudencial en casos de insolvencia transfronteriza en los que se ha hecho aplicación de su derecho interno (las reglas de Derecho Internacional Privado de las leyes de concursos que sucesivamente han tenido vigencia en el país), comparando con los casos en que se han aplicado las reglas de fuente internacional (los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940). Este es un dato de la experiencia que también debería alentar el inmediato emprendimiento de la modernización del régimen de fuente interna.

Al respecto, las preguntas que inmediatamente surgen son: ¿cómo hacerlo?, ¿con qué alcance?, ¿con cuál orientación?, ¿siguiendo cuáles normas comparadas?

Nuestra primera respuesta es que debemos de plano descartar la idea de introducir meros retoques a los actuales artículos 2 (inciso 2), 3 (inciso 5) y 4 de la ley 24.522. Esto sería una reforma cosmética, absolutamente ineficiente y muy mal signo externo al revelar que el país se sigue aferrando a una anacrónica concepción aislacionista y discriminatoria.

Preferimos, y postulamos, la adopción de un régimen moderno y eficiente, que contemple los verdaderos intereses nacionales

–aumentando nuestra previsibilidad y disminuyendo nuestra tasa de riesgo país-, y los de sus empresas en dificultades cuando ellas acuden a procedimientos de insolvencia buscando la reorganización, la preservación de valor y el mantenimiento de empleos, para lo cual es menester introducir en la legislación interna reglas que posibiliten la *cooperación* internacional, el *reconocimiento* de los procesos concursales, y el *acceso* de los funcionarios y de los acreedores foráneos a estos últimos, así como el de nuestros funcionarios concursales y acreedores domésticos a los procesos extranjeros.

Con esos fines en mira, y partiendo del análisis de la realidad y experiencias internacionales en esta materia tan reacia a los tratados o convenciones multilaterales, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), más conocida por su sigla UNCITRAL (derivada del idioma inglés), ha elaborado una Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza, con una Guía para su incorporación al derecho interno de los Estados⁶. Pasaremos a hacer un somero análisis de esta propuesta y, luego, concluiremos con la evaluación final que ella merece a nuestro juicio⁷.

IV. Lineamientos generales de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre la Insolvencia Transfronteriza

La Ley Modelo comienza definiendo su *finalidad* y enumerando los *objetivos*, en un Preámbulo cuyo texto transcribimos:

“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, así como
- e) Facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo.

Siguen luego cinco capítulos que contienen: (I) disposiciones generales; (II) reglas que rigen el acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del Estado donde tramita el proceso concursal; (III) regulación del reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia y de las medidas –principalmente, cautelares- otorgables en el país; (IV) principios y formas de cooperación entre tribunales y representantes, locales y extranjeros; y (V) sistemas de coordinación de procedimientos paralelos de insolvencia de un mismo sujeto.

Sintéticamente nos referiremos a esos cinco capítulos en los puntos que siguen.

V. Las disposiciones generales de la Ley Modelo

a) *Definiciones*

Sin seguir el orden numérico de la Ley Modelo, comenzamos el análisis destacando que su art. 2 contiene un breve glosario en el cual se definen los principales términos utilizados en el resto del texto. Se trata de palabras claves que pueden tener diferente significación según el derecho interno de cada país, razón por la cual se procura uniformar la terminología utilizando voces de gran amplitud a las que, a su vez, se les asigna una *definición a los fines de la presente Ley*.

Para lo que en la Argentina habitualmente hoy llamamos “concurso en el extranjero” (art. 4, ley 24.522), la Ley Modelo utiliza una expresión más genérica: “*procedimiento extranjero*”. Él, a los fines de la Ley Modelo, es “*el procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo 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*” (art. 2, a). Para usar un ejemplo fácilmente asequible, desde un país que adoptase la Ley Modelo, nuestra quiebra y nuestro concurso preventivo serían, sin duda, “*procedimientos extranjeros*” –a los fines de esa Ley-, mientras que (a nuestro juicio) no lo sería nuestro acuerdo preventivo extrajudicial (arts. 69 a 76, ley 24.522) al faltar en éste el *control o la supervisión del tribunal sobre los bienes y negocios del deudor*.

En varias disposiciones de la Ley Modelo se establecen diferencias, sobre todo en las medidas otorgables a partir del

reconocimiento de un *procedimiento extranjero*, según éste fuera considerado “*procedimiento extranjero principal*” o, al contrario, “*procedimiento extranjero no principal*”. De ahí que los siguientes incisos b) y c) del art. 2 de la Ley Modelo definen las diferencias. 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*” (más adelante [art. 16, párr.3.] se establece la presunción *juris tantum* de que *el domicilio social del deudor o su residencia habitual, si se trata de una persona natural, es el centro de sus principales intereses*). 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)*”. Éste define al “*establecimiento*” como “*todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios*”.

Las legislaciones de insolvencia de los diferentes países suelen tener en común la existencia de un sujeto u órgano a los cuales, dentro del proceso de reorganización o de liquidación, se asignan atribuciones y deberes relacionados con los bienes y negocios del concursado. El alcance de esos deberes y atribuciones, así como la designación misma del sujeto en cuestión, son variados. Por ello, la Ley Modelo utiliza la expresión “*representante extranjero*” para definir que por él “*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*” (art. 2, inc. d). Siguiendo el hilo del ejemplo anterior, desde un país que adoptase la Ley Modelo, el síndico concursal de la ley argentina 24.522 encuadraría dentro de la definición de “*representante extranjero*”; no así, a nuestro criterio, el comité provisorio de acreedores (art. 14 inc. 11, y art. 42, ley 24.522).

Finalmente, por “*tribunal extranjero*”, el inc. e) del art. 2 de la Ley Modelo dice que “*se entenderá la autoridad judicial o de otra índole que sea competente a los efectos del control o la supervisión de un procedimiento extranjero*”.

b) *Ámbito de aplicación*

La delimitación del ámbito de aplicación de las disposiciones de la Ley Modelo se hace en su art. 1, el que en cuatro incisos define otros tantos casos de operatividad de ella. Esos casos son los siguientes.

Primero, cuando “*un tribunal extranjero o un representante extranjero solicite asistencia*” –en el país que adopte la Ley Modelo- “*en relación con un procedimiento extranjero*”.

Segundo, toda vez que “*se solicite asistencia en un Estado extranjero en relación con un procedimiento que se esté tramitando*”, en el país que adopte la Ley Modelo, con arreglo a las normas del derecho interno de éste relativas a la insolvencia.

Tercero, en el supuesto en que “*se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor un procedimiento extranjero y un procedimiento*”, en el país que adopte la Ley Modelo, con arreglo a las normas del derecho interno de éste relativas a la insolvencia.

Cuarto, en todos los casos en que “*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 la legislación sobre insolvencia del país que adopte la Ley Modelo.

Es de destacar que la segunda parte del art. 1 de la Ley Modelo contempla la posibilidad de *excluir de su ámbito de aplicación* a todas las entidades que, en el Estado que adopte la Ley Modelo, pudiesen estar sometidas a regímenes especiales de insolvencia (por caso, las entidades financieras, las aseguradoras y/u otras que se desee excluir del régimen de la Ley Modelo).

c) *Tribunal o autoridad competente*

En su art. 4, la Ley Modelo propone al Estado que la adopte que éste identifique quién o quiénes será/n el tribunal, tribunales u otra autoridad, competentes para ejercer “*las funciones a las que se refiere la presente Ley relativas al reconocimiento de procedimientos extranjeros y en materia de cooperación con tribunales extranjeros*”.

También ha de indicarse (art. 5 de la Ley Modelo) quién será, en el país que adopte la Ley Modelo, la persona o el órgano a quienes se atribuyan las facultades “*para actuar en un Estado extranjero en representación de un procedimiento abierto*” conforme a la ley de insolvencia del Estado adoptante de la Ley Modelo. Ello, claro está, “*en la medida en que lo permita la ley extranjera aplicable*”.

d) *Otras disposiciones generales*

El art. 3 de la Ley Modelo deja a salvo las “*obligaciones internacionales del Estado*” que adopte ese texto, al establecer que en caso de conflicto entre él y un tratado u otra forma de acuerdo internacional, “*prevalecerán las disposiciones de ese tratado*”.

o acuerdo”. Esto permite adoptar la Ley Modelo aunque el país ya fuera parte de tratados internacionales sobre procedimientos de insolvencia (como los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, en el caso de la Argentina), e inclusive aunque estuviera negociando, o se propusiera emprender negociaciones, con otros países determinados para arribar a acuerdos internacionales diferenciados en materia de coordinación de reglas sobre procedimientos de insolvencia. Por caso, la Argentina podría adoptar la Ley Modelo para regir como regla universal, sin perjuicio de mantener y o incorporar regímenes con particularidades distintas destinados a regular los concursos transfronterizos que involucren a determinados países de la región o del Mercosur. El art. 3 de la Ley Modelo deja en claro la *compatibilidad de coexistencia* de su régimen con la existencia de tratados o convenciones internacionales y establece, a la vez, la *regla jerárquica* que hace prevalecer a los tratados o acuerdos internacionales, en línea con el art. 75, inciso 22, de nuestra Constitución Nacional.

El art. 6 de la Ley Modelo consagra la llamada “*excepción de orden público*”, según la cual “*nada de lo dispuesto en la presente Ley impedirá que el tribunal se niegue a adoptar una medida en ella regulada, de ser esa medida manifiestamente contraria al orden público*” del Estado adoptante de la Ley Modelo.

Por el art. 7 de la Ley Modelo se deja a salvo la facultad del tribunal local de prestar “*asistencia adicional al representante extranjero*”, más allá de lo previsto en la Ley Modelo, cuando otra norma del derecho interno del Estado adoptante de la Ley Modelo así lo autorizase.

La última de las *disposiciones generales*, contenida en el art. 8 de la Ley Modelo, es una *regla de interpretación* válida para todo el cuerpo legal, según la cual “*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*”.

VI. Acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del Estado adoptante de la Ley Modelo

a) Reglas sobre acceso del representante extranjero

Los arts. 9 a 12 de la Ley Modelo consagran las siguientes reglas relacionadas con el acceso del representante de un procedimiento extranjero de insolvencia ante los tribunales del Estado que adopte la Ley Modelo.

Primero, una regla genérica que reconoce el “*derecho de acceso directo*”, según la cual “*todo representante extranjero estará legitimado para comparecer directamente ante un tribunal*” del Estado adoptante de la Ley Modelo. En el caso argentino, esto sería una novedad que vendría a suplir la actual carencia de reglas específicas sobre el punto en el régimen de insolvencias transfronterizas de fuente interna.

Segundo, la limitación del alcance que ha de asignarse a la presentación del representante extranjero ante el tribunal del Estado adoptante de la Ley Modelo, estableciéndose que tal presentación “*no supone la sumisión de éste (el representante extranjero), ni de los bienes y negocios del deudor en el extranjero, a la jurisdicción de los tribunales locales para efecto alguno que sea distinto de la solicitud*”.

Tercero, se confiere legitimación al representante extranjero para: *solicitar la apertura de un procedimiento* local de insolvencia siempre que se cumplan las condiciones exigidas por el derecho interno para la apertura de ese procedimiento; y, luego del reconocimiento local del procedimiento extranjero, *participar en todo procedimiento* abierto respecto del mismo deudor con arreglo al derecho interno de insolvencia del Estado adoptante de la Ley Modelo.

b) Reglas sobre acceso de los acreedores extranjeros

Los arts. 13 y 14 de la Ley Modelo regulan el acceso de los acreedores extranjeros a los procedimientos concursales del país que adopte dicho régimen.

Si bien la Ley Modelo parte de la premisa de que hay diferencia entre acreedores extranjeros y locales, ella no define cuál es el criterio de distinción entre unos y otros. De tal suerte, dicho criterio quedaría librado al derecho interno de cada país. Recordemos que en la Argentina ha sido tradicional distinguir en los regímenes concursales a los acreedores (mejor: a los créditos) extranjeros de los locales, con base en el lugar de exigibilidad de la obligación. Ese eje de diferenciación atribuye el carácter de extranjero sólo al crédito que es pagadero exclusivamente en el exterior, y reserva el carácter de local al crédito pagadero en la Argentina y al crédito que tiene cláusula de pago alternativo en la Argentina y/o en otro país⁸.

En cuanto a los *derechos de los acreedores extranjeros*, la primera parte del art. 13 de la Ley Modelo establece que ellos “*gozarán de los mismos derechos*” que los acreedores locales para *solicitar la apertura de un procedimiento* de insolvencia en el Estado adoptante de la Ley Modelo, y para *participar* en los procedimientos de insolvencia con arreglo al derecho interno del país adoptante

de la Ley Modelo. Ello importaría, en el sistema concursal argentino vigente, que un acreedor cuyo crédito es exclusivamente exigible fuera del país pudiera pedir la declaración de quiebra del deudor domiciliado en la Argentina, en los mismos términos que podría hacerlo un acreedor cuyo crédito es exigible en la Argentina⁹. A su vez, el derecho de participación en el concurso argentino, de igual modo que los acreedores locales, a nuestro criterio derogaría la actualmente vigente *regla de reciprocidad* del penúltimo párrafo del art. 4 de la ley 24.522¹⁰.

En materia de *privilegios* se propone una norma interesante y algo flexible (segundo párrafo del art. 13 de la Ley Modelo). La primera de las reglas deja a salvo *el orden de prelación de los créditos* que establece el derecho interno del país donde está abierto el procedimiento concursal aunque se adoptase, en ese país, la Ley Modelo. Es la consagración del principio, generalmente aceptado, de que los privilegios en los concursos se rigen por la *lex fori*¹¹. Luego, se consigna una segunda regla que no elimina las *preferencias locales*, pero las acota: *no se asignará a los créditos extranjeros una prelación inferior* a la de los acreedores comunes o quirografarios locales, salvo el caso en que el crédito extranjero fuera equivalente a un crédito local que tuviese (éste) rango inferior a quirografario, supuesto en el cual se asignaría al crédito foráneo este último rango subordinado (pero no por la mera circunstancia de ser crédito extranjero, sino porque aun de haber sido local le hubiese correspondido prelación inferior a quirografaria). Por fin, se otorga flexibilidad al Estado adoptante para que contemple la posibilidad de *excluir* del proceso concursal local a los *créditos extranjeros por concepto de impuestos o seguridad social*.

En el art. 14, se impone cursar *a los acreedores conocidos que no tengan domicilio* en el Estado adoptante de la Ley Modelo, las mismas *notificaciones* de los procesos concursales que deban practicarse a los acreedores con domicilio en ese Estado. Se eliminan al efecto las formalidades de las *cartas rogatorias* o cualquier otra similar y, como regla, se sugiere la notificación *por separado* a cada acreedor extranjero, salvo que el tribunal considere adecuada otra forma según las circunstancias del caso. También se detallan los aspectos mínimos que debe contener la notificación para facilitar la presentación de los acreedores extranjeros al proceso concursal.

VII. Reconocimiento de un procedimiento extranjero y medidas otorgables en el Estado adoptante de la Ley Modelo

El más largo de los capítulos de la Ley Modelo –Capítulo III.–, contiene diez artículos (arts. 15 al 24 incluido) que regulan detalladamente la posibilidad reconocida al representante extranjero de *solicitar*, ante el tribunal del país adoptante de la Ley Modelo, el reconocimiento del procedimiento extranjero de insolvencia en el que aquél hubiera sido designado. También se detallan las *formalidades* de la solicitud de reconocimiento, para lo cual se ofrecen alternativas y se faculta al tribunal requerido a presumir que los documentos son auténticos, estén o no legalizados. Asimismo, se enuncian los *efectos* de la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia en un país adoptante de la Ley Modelo, y los efectos del reconocimiento en sí, así como las *medidas que pueden otorgarse* en este país, en protección de los acreedores y de otras personas interesadas, incluido el deudor. Someramente reseñaremos los aspectos salientes de este largo capítulo.

Es interesante puntualizar que a partir de la *solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero*, y antes de que ella sea resuelta, el tribunal requerido ya puede, a instancia del representante extranjero, en casos de necesidad y urgencia para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores, *otorgar medidas provisionales disponiendo*: la paralización de las ejecuciones contra los bienes del deudor; la conservación o la inmediata realización de bienes del deudor cuando ello fuera necesario para preservar el valor por ser bienes perecederos, susceptibles de devaluación o estén amenazados por cualquier causa; suspender el derecho de enajenar o gravar bienes del deudor; el aseguramiento de pruebas; o cualquier otra medida cautelar reconocida por el derecho interno del Estado adoptante de la Ley Modelo.

Después del reconocimiento del procedimiento extranjero –que el tribunal del Estado adoptante de la Ley Modelo debe calificar como “*principal*” o “*no principal*”–, se otorgan medidas similares a las descriptas en el párrafo precedente. La diferencia entre el carácter asignado al procedimiento extranjero después de su reconocimiento se traduce en que, de ser él “*principal*” las medidas relacionadas operan automáticamente, mientras que en el supuesto de ser “*no principal*” es menester una decisión judicial expresa y el previo requerimiento (o instancia) del representante extranjero.

Otras disposiciones destacadas de este capítulo son las siguientes.

El tribunal del Estado adoptante de la Ley Modelo al cual acude el representante extranjero para obtener el reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia, debe asegurarse que *quedan debidamente protegidos los intereses de los acreedores y de otras personas interesadas, incluido el deudor, al otorgar, denegar, modificar o dejar sin efecto* cualquier medida. También puede *supeditar toda medida a las condiciones que juzgue convenientes*. Y es posible *modificar o dejar sin efecto*, cualquier medida, a instancia del representante extranjero, de toda persona afectada, y aun de oficio.

El representante extranjero, a partir del reconocimiento del procedimiento extranjero de insolvencia en el Estado adoptante de la Ley Modelo, adquiere *legitimación* para: entablar *acciones tendientes a dejar sin efecto actos perjudiciales a los acreedores*; e *intervenir en todo proceso en que el deudor sea parte*, conforme a las leyes procesales internas de este Estado.

VIII. Cooperación entre tribunales y representantes, locales y extranjeros

Los arts. 25 a 27 de la Ley Modelo integran su Capítulo IV, dedicado al problema de la “*cooperación*” internacional –entre tribunales y representantes concursales-, aspecto que suele ser clave para el éxito de los objetivos perseguidos por cualquier sistema moderno de coordinación de procedimientos de insolvencia con repercusión transfronteriza.

La Ley Modelo pone énfasis en establecer un *deber de cooperación* internacional, “*en la medida de lo posible*”. Para ello, el tribunal local está facultado para “*ponerse en comunicación directa con los tribunales o representantes extranjeros o para recabar información o asistencia directa de los mismos*”. También los órganos del concurso local, “*en ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal*”, están facultados “*para ponerse en comunicación directa con los tribunales o los representantes extranjeros*”. En un medio en el que hoy es imprescindible actuar con rapidez, superando vallas enormes como las diferencias de las legislaciones concursales internas bajo las cuales se desenvuelven los plurales procedimientos involucrados, la coordinación de estos con miras a la continuación de la actividad empresarial, la maximización del valor de los bienes y de la empresa en marcha y la preservación de los empleos, sólo pueden obtenerse con una comunicación ágil y directa –hasta por teléfono, si es preciso- entre los jueces y/o los representantes concursales ubicados en los diferentes países. Utilizar efectivamente esta posibilidad, superando prejuicios y barreras idiomáticas o culturales, es, quizás, el mayor desafío que propone la Ley Modelo y la mayor garantía de lograr éxito en su finalidad de “*establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza*”.

Ese revolucionario llamado a la comunicación abierta y directa entre jueces y/o representantes de procedimientos concursales, se complementa con la no menos amplia fórmula que trae el art. 27 sobre las “*formas de cooperación*”. Esa *cooperación* “*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 de un mismo deudor,
- f) [Otras formas de cooperación que desee agregar el Estado que incorpore el régimen de la Ley Modelo].

IX. Procedimientos paralelos y reglas finales

El último capítulo de la Ley Modelo –Capítulo V-, contiene previsiones para coordinar ciertos aspectos conflictivos que pueden presentarse en los siguientes casos: primero, cuando a un procedimiento extranjero principal previo le sucede un procedimiento no principal local posterior (art. 28); segundo, cuando se tramiten simultáneamente, respecto del mismo deudor, un procedimiento de insolvencia extranjero y otro local (art. 29); y tercero, cuando existan dos o más procedimientos extranjeros respecto del mismo deudor (art. 30).

La regla del art. 31 de la Ley Modelo es muy parecida a la establecida en la primera oración de nuestro art. 4 de la ley 24.522, aunque más acotada que ésta. Se dispone en la primera que “*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*” concursal con arreglo a la legislación interna del Estado que adopte la Ley Modelo.

Y por fin, el art. 32 de la Ley Modelo consagra *mutatis mutandi* una regla de paridad en los dividendos similar a la contenida en el último párrafo del vigente art. 4 de la ley concursal argentina 24.522. Bajo el título “*Regla de pago para procedimientos paralelos*” el último artículo de la Ley Modelo dice que “*sin perjuicio de los derechos de los titulares de créditos garantizados o de los 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 en un procedimiento de insolvencia que se siga con arreglo a*” la legislación interna sobre insolvencia “*respecto de ese mismo deudor, en tanto que el dividendo percibido por los demás acreedores de la misma categoría sea proporcionalmente inferior al cobro ya percibido por el acreedor*”.

X. Apreciaciones finales y evaluación

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ha elaborado una *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo sobre insolvencia transfronteriza*, de la cual rescatamos algunas apreciaciones que pasamos a reseñar por compartirlas íntegramente.

La Ley Modelo “*recoge las prácticas, en materia de insolvencia internacional transfronteriza, que caracterizan a los sistemas*

más modernos y eficientes de administración de las insolvencias internacionales”, a la vez que “respetar las diferencias que se dan de un derecho procesal interno a otro y no intenta unificar el derecho sustantivo de la insolvencia, pero su régimen sí ofrece soluciones que pueden ser útiles” a cualquier Estado que “quiera dotar a su derecho de la insolvencia con una normativa moderna, equitativa y armonizada para resolver con mayor eficacia los casos de insolvencia transfronteriza”. Es, así, una propuesta realista, alejada de las fantasías inalcanzables de la legislación sustantiva concursal unificada o de la universalidad o unidad concursal más allá de las fronteras nacionales. Su realismo finca, sobre todo, en ofrecer soluciones modestas pero significativas y alcanzables, ya que pueden ser fácil y rápidamente adoptadas por todos los países, cualquiera fuese la orientación, objetivos y principios inspiradores de sus respectivos derechos internos sobre insolvencia.

Es muy importante destacar que la Ley Modelo no abdica de las preocupaciones tradicionales de las normas internacionales de insolvencia –el problema del reparto de los bienes liquidados entre acreedores locales y extranjeros–, pero a la vez incorpora reglas hoy inexistentes en la mayoría de los países, incluida la Argentina, que permiten afrontar preocupaciones más actuales, a partir del reconocimiento del fenómeno de la empresa transnacional. En concreto, es loable la preocupación por facilitar la coordinación rápida de los múltiples procesos concursales de reorganización localizados en diferentes países, con miras a maximizar el valor de las empresas –aunque estén en crisis–, salvarlas y preservar empleos.

Otra ventaja es su “flexibilidad inherente a toda ley modelo”, que hace posible a cada Estado introducir modificaciones en el texto uniforme. Aunque, claro está, no sea deseable la abundancia de supresiones o modificaciones, ya que el menor número de cambios es lo que permite alcanzar el mayor grado de armonización internacional.

El acento puesto en la cooperación internacional entre jueces y representantes de procedimientos concursales, sumado al claro estímulo a la comunicación directa entre ellos, permitirían la actuación rápida también con miras a conjurar las “operaciones fraudulentas de deudores insolventes”, que hoy, gracias a la interconexión mundial y la facilidad de desplazamiento electrónico de capitales, pueden velozmente ocultar o transferir activos a otras jurisdicciones. “Los mecanismos de cooperación transfronteriza establecidos por la Ley Modelo tienen por finalidad combatir ese fraude internacional”.

Igualmente, permite explorar de manera internacionalmente coordinada soluciones preventivas o de reorganización de empresas en crisis. Esto redundaría en beneficio de los acreedores cuya posibilidad de cobro es usualmente mayor en los procesos preventivos que en los procesos liquidativos, a la vez que aumenta la posibilidad de rescatar empresas viables, maximizándose valor y salvando empleos.

Todo ello contribuye a afianzar los valores de *previsibilidad* y de *seguridad jurídica*, tan tenidos en cuenta a la hora de calificar el riesgo país. En palabras del documento que venimos citando: “La falta de previsibilidad sobre cómo se administrará una eventual insolvencia transfronteriza, obstaculiza el flujo de capitales y desincentiva la inversión transfronteriza”; mientras que, por lo contrario, “todo dispositivo de derecho interno que permita coordinar la administración de insolvencias transfronterizas abre vías para adoptar soluciones sensatas que pueden interesar tanto a los acreedores como al deudor, por lo que la presencia de ese tipo de mecanismos en el derecho interno de un Estado es percibida como un factor ventajoso para toda inversión u operación comercial en ese Estado”. El aumento de la previsibilidad en un área especialmente sensible y muy tenida en cuenta por el inversor extranjero, cual es la existencia de reglas claras y no discriminatorias para tratar las relaciones entre acreedor y deudor en contextos de crisis o de insolvencia, es factor que debería incidir directamente en la disminución de la tasa de riesgo del país. Es de destacar que uno de los países –llamados “emergentes”– que más recientemente ha alcanzado el grado de inversión (*investment grade*) es México. Casualmente o no, esa hermana república hispanoamericana ha puesto en vigencia este año su nueva Ley de Concursos Mercantiles (abril de 2000) en la cual se adopta íntegramente, y casi sin modificaciones, la Ley Modelo, como Título Duodécimo de la ley concursal mexicana denominado “De la cooperación en los procedimientos internacionales”¹².

A nuestro juicio, ninguna de las disposiciones de la Ley Modelo es contraria a nuestra Constitución Nacional, ni a los principios fundamentales del derecho argentino o a su orden público, ni a los verdaderos y principales intereses del país. Por el contrario, es conveniente para ellos y permitiría, de manera rápida y sencilla –pues el trabajo, en lo fundamental, ya está hecho– actualizar nuestras obsoletas reglas de Derecho Internacional Privado concursal, en línea con la más moderna tendencia universal. A la vez, y como beneficio no menor, daríamos una importante señal de previsibilidad y seguridad jurídica a la inversión foránea.

Sólo es cuestión de poner manos a la obra.

(Footnotes)

(*) Publicado en ANALES de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XLV, segunda época, número 38 (noviembre 2000), p.1.

(**) Disertación pronunciada por el Académico correspondiente, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en la Sesión pública del 22 de junio de 2000.

¹ El análisis de las reglas argentinas de derecho interno que regulan las cuestiones de insolvencia transfronteriza lo hicimos en nuestro

trabajo “*Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la Ley Concursal Argentina 24.522*”, publicado en ANALES de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XLIII, segunda época, número 37 (octubre 1999), p. 1.

² Nos detuvimos en los antecedentes remotos del sistema de *preferencia local*, y sobre todo en la conflictiva aplicación extensiva que de él se hizo durante la vigencia de la ley 19.551, en: ROUILLON, Adolfo A.N., “*Reformas al régimen de los concursos*”, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 29 y ss., y en “*Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la ley concursal argentina (a propósito de la reforma legislativa de 1983)*”, RDCO 1984, y Rivista “*Il Diritto Fallimentare e delle Societa Commerciali*”, Annata LX, ene-abr 1985, No. 1-2, p. 79.

³ La orfandad legislativa argentina en este aspecto no es exclusiva de nuestro país. Al contrario, “*sólo un número reducido de países dispone de un marco legislativo que permita abordar la insolvencia transfronteriza de forma adecuada a las necesidades del comercio internacional*” (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 30º. Período de Sesiones, Viena, 12 a 30 de mayo de 1997).

⁴ El texto completo, en traducción no oficial al castellano realizada desde el texto francés por el Prof. Pablo Van Nieuwenhove, puede verse en DYE-6, p. 159 y ss.

⁵ Ver: FLETCHER, Ian F., “*Insolvency in Private International Law – National and International Approaches*”, Clarendon Press, Oxford, 1999, p. 298.

⁶ La negociación definitiva del proyecto se hizo en el trigésimo período de sesiones de la Comisión (Viena, 12 a 30 de mayo de 1997), al final del cual la Comisión aprobó la Ley Modelo por consenso el 30 de mayo de 1997. Junto con los 36 Estados miembros de la Comisión, participaron en las deliberaciones de la Comisión y del Grupo de Trabajo representantes de 40 Estados observadores y de 13 organizaciones internacionales. Poco después, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la resolución 52/158, de 15 de diciembre de 1997, en la que expresó su reconocimiento a UNCITRAL por haber terminado y aprobado la Ley Modelo.

⁷ El texto completo en varios idiomas, incluido el castellano, puede consultarse ingresando al Website de UNCITRAL <http://www.uncitral.org/>

⁸ Ver obra citada en nota 1, p. 13

⁹ En alguna medida, ello ha sido ya reconocido por la jurisprudencia argentina en los casos *Vicario, José M. y Sager, Gerold*. Ver obra citada en nota 1, p. 19

¹⁰ Ver obra citada en nota 1, p. 14

¹¹ Ver obra citada en nota 1, p. 4

¹² En 1999, Eritrea fue el primer país que incorporó la Ley Modelo. Este año 2000 lo ha hecho México. Actualmente, tiene consideración parlamentaria, con alto grado de probabilidad de ser aprobada, en los Estados Unidos de Norteamérica, el Reino Unido, la República de Sudáfrica, Australia y Nueva Zelanda.