

**ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE SALVATEJE DE
EMPRESAS EN EL MERCOSUR ¿UNA QUIMERA O UNA NECESIDAD?**

TESIS DOCTORAL

Autora: **Mónica Sofía Rodríguez**

Directora: Dra. Sara Lidia Feldstein de Cárdenas

*Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires
Buenos Aires 2007*

PLAN DE INVESTIGACIÓN

I. ÁREA TEMÁTICA

Dentro del vasto campo de las Relaciones Internacionales, la presente investigación se encuadra en el área del Derecho Internacional, y en particular del Derecho Comercial Internacional, en tanto subrama del Derecho Internacional Privado, y del Derecho Internacional Privado de la Integración.

II. OBJETIVOS GENERALES

- 1) Efectuar un estudio comparativo de la regulación de la insolvencia internacional en la legislación interna y convencional de los Estados Miembros y Asociados del MERCOSUR.
- 2) Realizar un análisis de los distintos mecanismos implementados para evitar la insolvencia, tanto en las normas de fuente interna como convencional de los Estados Miembros y Asociados del MERCOSUR.
- 3) Analizar el tratamiento de dicha cuestión en otros espacios integrados, especialmente en aquellas que poseen normativa comunitaria específica.
- 4) Evaluar la conveniencia de elaborar un marco jurídico armonizado en materia de insolvencia internacional, crisis y salvataje de las empresas con vigencia en el área integrada del MERCOSUR y que lo vincule con los Estados Asociados a fin de eliminar las disparidades legislativas, fuentes de inseguridad jurídica.
- 5) Brindar aportes y pautas mínimas de armonización, teniendo en cuenta las bases comunes de los países miembros, los

antecedentes convencionales como asimismo las particularidades, características y los objetivos del MERCOSUR como esquema de integración.

III. PLANTEO DEL PROBLEMA

En el continente americano estamos transitando por una nueva experiencia integracionista. Esta vez, la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República Oriental del Uruguay, y la República de Paraguay, han constituido a partir de 1.991, un nuevo territorio integrado “el Mercado Común del Sur” o simplemente el MERCOSUR”, al que recientemente se ha incorporado la República Bolivariana de Venezuela.

Bajo la pretensión de conformar un Mercado Común – aún sin consolidar, se ha establecido en su tratado fundacional – el Tratado de Asunción- el libre tránsito de mercaderías o bienes, servicios, personas y capitales, el objetivo de este nuevo intento de integración es lograr un mayor desarrollo económico y social de los países que conforman el área.

En el MERCOSUR se requiere emprender las tareas de armonización legislativa de todas aquellas cuestiones que faciliten la integración y contribuyan a la consecución de sus objetivos ya que el Tratado de Asunción impone la obligación de armonizar la legislación en las áreas pertinentes.

En este estado de cosas, cabría preguntarse, si la materia de insolvencia y el salvataje de empresas en crisis, son temas que requieren ser armonizados legislativamente. Es fácil advertir que cuanto mayor sea el grado de integración que se logre en el área, mayor será también el grado de conflictos que surjan, ya que así como las empresas se relacionan y negocian, de esa actividad surgen numerosas cuestiones, (entre ellas la posibilidad de la actuación económicamente negativa de la empresa, su estado de insolvencia, la solicitud de quiebra o el salvataje de la empresa, entre otros) que requieren un tratamiento y regulación específica.

Este tema, a pesar de la importancia que reviste, no es tratado con la misma extensión ni consideración en los derechos internos de los países

Miembros del MERCOSUR, ni en el derecho interno de los Países Asociados.

La República Argentina ha partir de la sanción de la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522, que contempla –entre otras medidas para permitir el salvataje de la empresa y con carácter novedoso- la posibilidad de la superación de la crisis y permitir la continuidad de la empresa, asumiendo los acreedores y terceros interesados el riesgo empresarial.

No existen en todos los derechos internos de los demás países (miembros y asociados del área) normas similares.

Asimismo, en el concepto amplio de armonización legislativa podemos distinguir procesos de unificación legislativa, mediante la sanción de Convenciones, Tratados, Acuerdos específicos, que en materia pertinente regulen la cuestión, convenciones, acuerdos o tratados que conforman el Derecho Internacional Privado Convencional. También podemos convenir que las cuestiones que en el área se planteen deberán ser reguladas y resueltas por el derecho interno de cada Estado Parte conforme lo indique la respectiva norma de conflicto de Derecho Internacional Privado, en este último supuesto, bastaría con ponerse de acuerdo en los criterios de distribución de competencias legislativas, sin modificar el derecho nacional de los Estados Miembros.

Por otra parte, los países Miembros del MERCOSUR se hallan relacionados entre sí, y con terceros países a través de distintos acuerdos internacionales y regionales.

Argentina, Uruguay y Paraguay, se encuentran vinculados por los Tratados de Montevideo de 1.940, en tanto que Brasil integra la órbita del Código de Sánchez de Bustamante y Sirvén. Por otra parte los países han participado de las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado – CIDIP-.

Sin embargo ninguno de estos instrumentos, a pesar de la importancia que revisten, han regulado la cuestión del salvataje de las empresas en crisis o estado de insolvencia.

Ante las profundas asimetrías existentes en las normas internas de los Estados Parte del MERCOSUR, en cuanto al tratamiento y consideración del tema de la empresa en crisis; y, frente a la falta de normas específica en el área, las cuestiones que se planteen deberán ser resuelta por los tribunales nacionales recurriendo a las normas internas a que los conduzca su propia regla de conflicto o norma indirecta.

Es así que, en situaciones similares podrá arribarse a conclusiones distintas, según sea de aplicación el derecho interno de un Estado Miembro o el de otro, que puede considerar o no mecanismos para el salvataje de la empresa.

En resumen, cabe decir que los países Miembros del MERCOSUR, como así también los Países Asociados, han iniciado esta nueva etapa o proceso integracionista, existiendo profundas asimetrías en la legislación interna en general y en particular en materia de salvataje de empresas en crisis y estado de insolvencia. Que por la importancia que el tema reviste debe procederse a la armonización legislativa, conforme lo ordena el propio Tratado de Asunción, instrumento fundacional del MERCOSUR.

IV. MARCO TEÓRICO – CONCEPTUAL.

El presente proyecto de investigación se enmarcó en el Proyecto UBACyT D019 cuyo título es: "Armonización legislativa en materia de insolvencia internacional y conservación de la empresa en crisis en el MERCOSUR, Chile y Bolivia". El mismo destacó la importancia que reviste el compromiso de armonizar las legislaciones de los Estados partes del MERCOSUR y de los Estados Asociados a fin de fortalecer los cimientos del espacio integrado.

Dentro de dicho encuadre, el fenómeno de la insolvencia, las dificultades económico - financieras y la posibilidad de contar con procedimientos que permitan su recuperación y conservación, representa no solo un tema de actualidad sino también de gran importancia.

Para profundizar el estudio de la armonización legislativa en materia de insolvencia y conservación de la empresa en el MERCOSUR, resultará apropiada la valoración de las teorías clásicas (territorialidad y extraterritorialidad) desarrolladas en la materia de quiebras internacionales por el Derecho Internacional Privado; y en su caso su adopción, vigencia o reelaboración para ser aplicadas en el espacio integrado.

Partimos de la consideración que el sistema que propone la teoría de la extraterritorialidad resulta más propicio para el cumplimiento de los objetivos del área, y que el debate doctrinario se ha renovado en torno a la posibilidad de apertura de un único juicio universal (teoría de la unidad) o de juicios plurales simultáneos (teoría de la pluralidad), elaborándose, a su turno, teorías más modernas, que buscando un punto de equilibrio entre las mencionadas doctrinas extremas postulan la existencia de un procedimiento principal y la posibilidad de incoar procedimientos secundarios, sistema finalmente adoptado por la Unión Europea.

La evaluación de estas diversas teorías será realizada teniendo en consideración que nuestra investigación se circunscribe a un espacio integrado y por tal razón, serán de suma utilidad las herramientas que brinda el Derecho Internacional Privado de la Integración.

Asimismo, es necesario conceptualizar ciertos términos básicos utilizados a lo largo de la investigación proyectada:

- ♦ MERCOSUR: El Mercado Común del Sur es un espacio integrado dentro del marco de la ALADI. El Tratado fundacional del área es el Tratado de Asunción de 1.991. Sus Estados miembros son Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Y Chile, Bolivia y Perú son Estados Asociados al área.
- ♦ Armonización legislativa: Se trata de una de las técnicas para solucionar el régimen jurídico de las relaciones de Derecho Internacional Privado. Desde una perspectiva más estricta, se pueden diferenciar los términos "armonización o armonía" y "unificación. La "unificación" del derecho

privado podría implicar la adopción de un texto común, que puede consistir en tratados o convenciones internacionales, y que provoca una modificación del derecho sustancial de cada Estado. En cambio, el concepto de "armonía o armonización legislativa" es más flexible se refiere a una simple aproximación de criterios jurídicos, es unificar el criterio de asignación de competencia legislativa sin unificación de derecho sustancia. Asimismo, existen otros criterios pueden servir de punto de partida para que los legisladores y jueces nacionales puedan coordinar el enfoque jurídico de un conflicto de intereses determinado.

- ♦ Insolvencia: Se entenderá por tal a la situación de crisis del comerciante, abarcativa de la imposibilidad, de la dificultad de la empresa que no puede afrontar debidamente el cumplimiento de las obligaciones contraídas.
- ♦ Insolvencia internacional o transfronteriza: Se produce cuando en una situación de impotencia patrimonial hallamos elementos extranjeros, que exceden el ámbito local, tales como un patrimonio internacionalmente disperso o la existencia de acreedores locales y extranjeros.
- ♦ Concurso: El término abarca los procedimientos destinados no sólo a reorganizar el patrimonio del deudor (concurso preventivo) sino también a liquidar sus bienes y su personalidad como entidad comercial (quiebra), sin distinción de los diversos tipos de deudores.
- ♦ Salvataje: Este concepto comprende distintas alternativas, diferentes medios y herramientas, regulados por el ordenamiento jurídico de las cuales se pueden valer los comerciantes o empresarios para superar situaciones de crisis económica e insolvencia.

V. HIPÓTESIS DE TRABAJO

Las hipótesis del trabajo que proponemos son:

- 1) Todo proceso de integración necesita o requiere de seguridad jurídica, lo que le permitirá el logro de sus objetivos primordiales.

- 2) Las profundas asimetrías existentes en el área, en materia de empresas en crisis, concursos y quiebras, y el salvataje de empresas, no contribuye a dar la confianza requerida por los operadores locales, internacionales y regionales; asimetrías que atentan contra la seguridad jurídica referida.
- 3) La armonización legislativa tiende a disminuir el grado de inseguridad jurídica existente.
- 4) El hecho de no considerar la situación de las empresas en crisis o en estado de insolvencia, y no intentar el salvataje y su recomposición económica y financiera, las llevaría a caer en concurso preventivo o estado de quiebra, lo cual no contribuye en absoluto al desarrollo económico del área integrada.
- 5) Resulta conveniente la adopción en el área de un marco normativo o regulatorio apropiado, con vigencia común en los cinco países, que contemple las posibles soluciones al problema de la empresa en crisis a través del salvataje de empresas.
- 6) Dicho marco normativo, si bien puede considerar algunos lineamientos de las normas internas de los estados; debe estar especialmente diseñado, elaborado para el área integrada, en consideración a sus particularidades propias y objetivos trazados en común.

VI. DELIMITACIÓN DEL CAMPO ESPACIAL Y TEMPORAL

El objeto de estudio del presente proyecto se circunscribe a la los distintos procedimientos de salvataje de empresas en un sentido amplio del término y su consideración dentro la regulación en materia de la insolvencia transfronteriza en los Estados Miembros del MERCOSUR y de sus Estados Asociados.

Si bien debimos recurrir necesariamente a efectuar el análisis de la evolución legislativa, doctrinaria y jurisprudencial de dicho instituto, la

investigación se centró en el estudio de su desarrollo desde la constitución del espacio integrado del MERCOSUR en 1.991 hasta nuestros días.

VII. RECOLECCIÓN DE LOS DATOS

Fundamentalmente se utilizó la observación documental, teniendo en cuenta las características peculiares de los documentos a ser analizados: leyes nacionales, tratados internacionales y otros instrumentos jurídicos que carecen de obligatoriedad como las leyes modelo emanadas de organismos especializados.

Se analizaron los tratados constitutivos del área y sus antecedentes para observar los objetivos del espacio integrado a fin de comprobar que la insolvencia transfronteriza de empresas es una de las área que requieren ser armonizada en el marco del MERCOSUR.

Asimismo, se examinaron las leyes internas de los Estados Miembros (Brasil, Argentina, Uruguay, Paraguay y Venezuela) y de los Estados Asociados en materia concursal, así como la expresión de motivos de cada uno de estos cuerpos normativos y los debates parlamentarios que en cada caso pudieron originar la sanción de cada legislación. Se consideran, en su caso, los proyectos de reforma previstos y las posturas y críticas doctrinarias acerca de la materia.

Se estudiaron los tratados que actualmente vinculan a algunos de estos Estados en materia de quiebras, en particular los Tratados de Montevideo de 1.889 y 1.940 y las actas de las conferencias respectivas, así como el Código de Bustamante y Sirvén de 1.928.

Se efectuó el análisis jurisprudencial de las sentencias dictadas por los tribunales de cada Estado Miembro o Asociado del MERCOSUR referidas a la insolvencia, y la puesta en práctica de distintos mecanismos de salvataje, distinguiendo aquellos casos en que haya sido aplicada normativa interna e internacional.

Este análisis permitió evaluar el grado de coincidencia o divergencia en las categorías jurídicas, construcciones legales y principios generales

adoptados por los Estados Partes y Asociados del MERCOSUR a fin de establecer, la existencia de bases mínimas para la armonización legislativa en el área y el grado de armonización que se podría alcanzar para elegir la técnica más apta de entre las posibles.

Para ello también se observaron las soluciones propuestas por instrumentos no vinculantes, en especial la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza, elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL - CNUDMI).

Asimismo, se estudiaron comparativamente otras áreas integradas, especialmente la Unión Europea, en tanto ejemplo paradigmático de integración regional, sin soslayar las diferencias de fondo entre el MERCOSUR y tal espacio integrado. Para ello fue objeto de estudio el Reglamento (CE) 1346/2.000 sobre Procedimientos de Insolvencia y los fundamentos que llevaron a elegir la solución adoptada en el mismo. También se analizaron otros documentos pertinentes.

VIII. CRONOGRAMA TENTATIVO DE LAS ETAPAS DEL TRABAJO

La investigación se desarrolló en módulos procurando que cada uno sea autosuficiente, y se obtuvieran conclusiones, conservando sin embargo, la unidad temática.

El momento técnico se desarrolló en dos módulos.

Primer Módulo: Estuvo destinado a:

- La recopilación de documentación y exploración bibliográfica en general y en materia de salvataje de empresas en crisis.
- Búsqueda de información en las oficinas de información de MERCOSUR y de la U.E.
- Elaboración de fichas.

Segundo Módulo:

- Análisis bibliográfico y comparativo de la legislación de los cinco Países Miembros del MERCOSUR y de los Países Asociados.

- Análisis bibliográfico y legislativo de otras áreas integradas.

El momento teórico también se desarrolló en dos módulos:

Tercer Módulo:

- Contrastación de hipótesis planteadas.
- Análisis reflexivo.

Cuarto Módulo: Elaboración de un marco normativo y la adopción de principios y mecanismos que se consideraron adecuados para regular los intentos de salvataje de empresas en crisis o estado de insolvencia dentro del área integrada del MERCOSUR.

* Téngase presente que esta de tesis se basa esencialmente en el plan de trabajo propuesto a la Universidad de Buenos Aires para aplicar a una beca de investigación UBACyT (Doctorado), la que fuera otorgada por Resolución del Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires N° 1020 del 19 de setiembre de 1.999, por cual fue menester cumplir con los informes de avance de investigación e informe final de investigación, que fueron evaluados satisfactoriamente.

IX. APRECIACIÓN SOBRE LA IMPORTANCIA, VALOR Y FACTIBILIDAD DEL TRABAJO

La importancia del tema objeto de esta investigación resulta evidente si analizamos los efectos y las repercusiones que la insolvencia y las crisis empresarias internacionales, multinacionales y regionales, originan en el ámbito internacional.

Por otro lado, la integración regional es un fenómeno cuyo análisis no puede soslayarse en nuestros tiempos.

El valor del presente trabajo radica en que el objetivo perseguido es proponer modelos posibles a implementar, para lograr la armonización legislativa en materia de salvataje de empresas en el MERCOSUR, una vez que hayan sido detectadas y analizadas las deficiencias, inconvenientes y avances operados en otras áreas integradas, con el fin de brindar mayor

seguridad jurídica a los operadores en el espacio integrados como así también a quienes con ellos contraten.

La armonización legislativa contribuirá a crear un marco de seguridad jurídica que permitirá y facilitará el desarrollo armónico y continuo de los Países Miembros y del esquema integrado en general.

ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE SALVATAJE DE EMPRESAS EN EL MERCOSUR ¿UNA NECESIDAD O UNA QUIMERA?

CAPÍTULO I: INTEGRACIÓN REGIONAL	23
Introducción.	25
Título I: La Integración Regional.	27
a) Concepto de Integración Regional.	
b) Modos de Integración: La integración formal - La integración no formal.	
Título II: Tipos de Integración.	35
a) Distintos tipos de Integración.	
La Integración Fronteriza - Zona de Libre Comercio - Unión Aduanera - Comunidad Económica y Unión Económica. Zona Franca.	
b) La Integración Latinoamericana.	
Título III: El MERCOSUR.	53
a) Caracterización del MERCOSUR.	
b) Fundamentos, propósitos y principios.	
c) Los órganos, su naturaleza y características.	
d) Posibles causas de la estructura adoptada.	
e) El Protocolo de Ouro Preto: Aspectos Generales - La Personalidad Jurídica del MERCOSUR.	
f) Estructura Orgánica: Órganos con capacidad decisoria: El Consejo Mercado Común – El Grupo Mercado Común - La Comisión de Comercio del MERCOSUR. Órganos Consultivos: La Comisión Parlamentaria Conjunta.– El Foro Consultivo Económico-Social - La Secretaría Administrativa del MERCOSUR. El Parlamento.	
g) El MERCOSUR hoy: En el ámbito administrativo – En el ámbito legislativo – En el ámbito jurisdiccional – El marco político: El ingreso de Venezuela – El marco económico.	
h) El Tribunal Permanente de Revisión.	
Colofón.	108

CAPITULO II: LA ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA.	111
Introducción.	113
Título I: La Armonización Legislativa, el Derecho Comparado y el Derecho Internacional Privado.	116
a) La relación entre armonización y derecho comparado.	
b) El camino a la armonización.	
c) El enfoque de comparatistas y armonizadores: Eurocentrismo – Privatismo.	
d) Distinción entre la armonización y la comparación: La cuestión metodológica – Los idiomas – Las calificaciones.	
e) Similitudes y diferencias.	
f) Textualismo y contextualismo.	
g) De lo analítico a lo normativo.	
h) Armonización, trasplantes y derecho comparado.	
i) La armonización legislativa, la integración y el Derecho Internacional Privado.	
Título II: Distintos tipos de armonización.	168
a) Precisiones conceptuales básicas.	
b) Los métodos de armonización legislativa .	
c) Distintos tipos de armonización en el ámbito territorial: Armonización – Coordinación - Aproximación – Armonía Legislativa – Uniformidad Legislativa.	
Título III: Derecho de la Integración – Derecho Comunitario.	176
a) El Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Privado de la Integración.	
b) El Derecho regional o Derecho Internacional Privado de la Integración: Concepto de derecho de la integración - El derecho regional originario y derivado.	
c) El Derecho de la Integración y el Derecho Comunitario - El carácter irreversible de los Tratados Comunitarios.	
d) Fuentes del Derecho Regional.	

e) Principios rectores del Derecho Regional: Principios vigentes en el Derecho Comunitario. Supremacía del derecho comunitario - Efecto directo - Aplicación inmediata. La responsabilidad del Estado por incumplimiento de las directivas comunitarias.

f) Supremacía - Aplicabilidad inmediata y Efecto directo en la Unión Europea. Decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea: “Simmenthal” “Costa c/ Enel”.

Título IV: Las normas del MERCOSUR - Examen del artículo 1 del Tratado de Asunción. Pertinencia de la armonización en materia de insolvencia...205

a) Los principios del derecho regional en el MERCOSUR: Supremacía, aplicabilidad inmediata y efecto directo en el MERCOSUR. La aplicación interna de las normas del MERCOSUR.

b) La Doctrina de nuestros Tribunales: Fallos de la Corte Suprema de la R.A. caso “Cafés La Virginia”.

Colofón: Algunas aproximaciones a la armonización en el MERCOSUR...218

CAPÍTULO III: LA INSOLVENCIA INTERNACIONAL 225

Introducción. 227

Título I: Cuestiones propias de la insolvencia internacional..... 230

a) La quiebra internacional y la quiebra regional.

b) Distintos sistemas: Territorialidad y Extraterritorialidad. Unidad y Pluralidad. Argumentos a favor y en contra. Sistemas Intermedios.

c) El régimen de la quiebra internacional en el derecho de fuente convencional.

Título II. Sistema de Derecho Internacional Privado Argentino en materia de insolvencia internacional de Fuente Convencional: 242

a) La quiebra en el MERCOSUR

b) El Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1.889: Ámbito espacial de aplicación – Ámbito material de aplicación – Sistema adoptado: ¿Unidad o pluralidad? – El efecto extraterritorial de la declaración de quiebra – Universalidad ¿con juicio único o procesos plurales? –

Acreedores locales: clasificación – Medidas precautorias – Autoridad y funciones del Síndico – Medidas personales de carácter civil – Rehabilitación – Jurisprudencia.

c) Soluciones de la realización codificadora entre Argentina, Paraguay y Uruguay:

1) El Tratado de Derecho Comercial Internacional Terrestre de Montevideo de 1.940: Introducción – Juez competente – Jurisprudencia: Caso Ives Saint Laurent Parfums. Caso Federal S.A. (Delbene Hnos. y Sabia Ltda.) s/ quiebra s/ inc. de medidas cautelares. Caso Adams an Adler S.A s/ pedido de quiebra (por Plubiestadios SA). Caso Ridiwel S.A - Ley aplicable - Acreedores locales y extranjeros – Publicidad - Disponibilidad de los remanentes - Bienes situados en territorio donde no se promueve juicio de quiebra - Juicio único y pluralidad de masas - Exclusión de bienes - Preferencias Nacionales - Facultades del Síndico – Jurisprudencia: Mefina S.A.F. y de Mandatos, su quiebra-Incidente de realización de bienes en el Uruguay - Rehabilitación del Fallido - Responsabilidad civil del fallido.

2) Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1.940.

Título III: La situación de Brasil, Venezuela y los países asociados Bolivia y Chile: 306

- a) El Código de Sánchez de Bustamante y Sirvén.
- b) Sistema de Universalidad: La extraterritorialidad.
- c) Universalidad con ¿Juicio único o juicios plurales?

Colofón: Algunas conclusiones en el ámbito internacional y regional. Propuesta. 312

CAPÍTULO IV: SISTEMA de DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO en MATERIA de INSOLVENCIA INTERNACIONAL de FUENTE CONVENCIONAONAL 317

Introducción: Mecanismo apropiado de armonización: ¿Convención – Ley Modelo o Reglamento? 319

Título I: La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Insolvencia Transfronteriza – Finalidad y objetivos de la Ley Modelo. 327

a) Capítulo I: Disposiciones Generales – Calificaciones - Ámbito de aplicación material - Sistema adoptado: procedimientos principales y no principales – Tribunal o autoridad competente - Otras disposiciones generales.

b) Capítulo II: Reglas que rigen el acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del Estado donde tramita el proceso concursal.

c) Capítulo III: Reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia y de las medidas otorgables en el país adoptante.

d) Capítulo IV.- Cooperación entre tribunales y representantes locales y extranjeros.

e) Capítulo V: Procedimientos paralelos y reglas finales.

Título II: Reglamento 1346/2000 del Consejo Europeo sobre procedimientos de insolvencia: 349

a) Introducción.

b) Ámbito de aplicación territorial.

c) Ámbito de aplicación temporal.

d) Ámbito de aplicación material.

e) Calificaciones.

f) Procedimiento principal y secundarios.

g) Competencia judicial internacional.

h) Coordinación entre procedimiento principal y procedimientos accesorios.

i) Jurisprudencia - La ley aplicable - El reconocimiento automático de los concursos “comunitarios”.

Título III: a) Otros trabajos sobre insolvencia a nivel mundial: Unión Europea – Banco Asiático de Desarrollo - Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo -Internacional Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals - Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial) – Asociación Internacional de Abogados -

Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos - American Bar Association - American Law Institute - Internacional Insolvency Institute.

b) La comunicación entre tribunales en la multiplicidad de procedimientos de insolvencia - Pautas Aplicables a las Comunicaciones de Tribunal -a- Tribunal en Casos Transfronterizos.	382
Colofón.	404

CAPÍTULO V: LA INSOLVENCIA INTERNACIONAL EN EL DERECHO DE FUENTE INTERNA. 409

Título I: El régimen argentino de insolvencia internacional en el derecho de fuente interna:	410
--	-----

a) El artículo 4 - Evolución Legislativa - Sistema adoptado: Territorialidad o extraterritorialidad - Marco procesal de aplicación del artículo 4º- Protección del crédito nacional – Jurisprudencia: Caso Banco Europeo para América Latina c/Cura Hnos. S.A; Caso Lital, S.A. s/ convocatoria - Pluralidad de Concursos- Reciprocidad- Jurisprudencia: “Sabaté Sas S.A. c. Covisan S.A. s/ Concurso Preventivo s/ verificación tardía s/ inc. Casación” - Paridad de Dividendos.

b) Jurisdicción competente en el derecho de fuente interna argentina: Artículo 3; Artículo 2 - Jurisprudencia: Caso: Panair do Brasil, S.A. quiebra, (exhorto del Brasil); Caso: Proberan International Corp. S.A. s/ pedido de quiebra por: Braticevich, Jorge.

Título II: El régimen de fuente interna de los países miembros del MERCOSUR:	472
--	-----

a) Paraguay: La ley de quiebras N° 154.

b) Uruguay: El Código de Comercio.

c) Brasil: La ley N° 11.101

d) Venezuela: Ausencia de regulación específica – La Ley de Derecho Internacional Privado.

Título III- El régimen de fuente interna de los países asociados del MERCOSUR: Chile – Bolivia.	488
--	-----

Colofón: Algunas conclusiones respecto al derecho internacional privado de insolvencia de fuente interna.	491
 CAPÍTULO VI: EL SALVATAJE EMPRESARIAL	495
Introducción.	496
Título I: El salvataje:	498
a) La conservación de la empresa.	
b) Distintas formas de salvataje de empresas: Soluciones extra-concursales: La utilización del crédito – la letra de cambio – el leasing – el factoring – la asociación de cuentas en participación – la fusión – la adquisición de empresas: El leverage buy out (L.B.O) como alternativa corriente de adquisición de empresas.	
c) Soluciones concursales: El concurso preventivo – El acuerdo preventivo extraconcursal – El cramdown – La administración controlada.	
Título II: Derecho Comparado: Distintos procedimientos de reflatamiento o salvataje en el derecho comparado:	
a) Los acuerdos extrajudiciales en el derecho comparado: derecho francés, alemán, español y peruano.	
b) Los procedimientos judiciales en la legislación europea: derecho alemán, francés, español, italiano, holandés, inglés.	
c) Los procedimientos judiciales en la legislación americana: derecho uruguayo, brasileño, venezolano, boliviano, peruano, costarricense, colombiano y norteamericano.	
Título III: Distintos procedimientos de salvataje en el derecho argentino: Introducción – a) El concurso preventivo – b) El acuerdo preventivo extrajudicial: Naturaleza jurídica – Presupuesto objetivo – Evolución legislativa del ape – Sujetos y causales – La homologación del acuerdo - El rechazo del acuerdo por los acreedores y el cramdown power – Efectos de la homologación - El acuerdo homologado y la novación de obligaciones – La nulidad del acuerdo homologado - Acuerdo extrajudicial no homologado. – c) El cramdown: Concepto y finalidad.	594

Colofón.	637
CAPÍTULO VII: EL SALVATAJE EN EL DERECHO ARGENTINO.	641
Título I: El cramdown:	642
a) Concepto – b) Finalidad del instituto – c) Naturaleza jurídica – d) Diferencias con otras figuras – e) Críticas al cramdown y Planteos de inconstitucionalidad.	
Título II: Evolución legislativa del cramdown argentino:	656
a) Evolución legislativa – b) La ley N° 24.522 – El rol más activo de los acreedores– c) El salvataje de empresas –d) La ley N° 25.563: derogación del artículo 48 – e) La Contrarreforma de la ley N° 25.589.-	
Título III: El cramdown en el derecho argentino vigente:	677
a) El artículo 48 en la ley de Concursos y Quiebras - Causales de Apertura – Sujetos comprendidos – Sujetos excluidos - El procedimiento de valuación de las participaciones social - El esquema de negociación y acuerdo, tanto con los acreedores como con los socios.	
b) La administración de la sociedad durante el trámite del artículo 48.	
c) La empresa en marcha: Jurisprudencia, S.I.A.P. s/ quiebra. - Automundo S.A. s/ concurso preventivo - Correo Argentino	
d) El cramdown power.	
Colofón.	731
Recomendaciones, Conclusiones y Propuestas.	737
Material Bibliográfico, Documentos y Jurisprudencia.	795

CAPÍTULO I

INTEGRACIÓN REGIONAL

Introducción.

Título I: La Integración Regional.

- a) Concepto de Integración Regional.
- b) Modos de Integración: La integración formal - La integración no formal.

Título II: Tipos de Integración.

- a) Distintos tipos de Integración.

La Integración Fronteriza - Zona de Libre Comercio - Unión Aduanera - Comunidad Económica y Unión Económica. Zona Franca.

- b) La Integración Latinoamericana.

Título III: El MERCOSUR.

- a) Caracterización del MERCOSUR.
- b) Fundamentos, propósitos y principios.
- c) Los órganos, su naturaleza y características.
- d) Posibles causas de la estructura adoptada.
- e) El Protocolo de Ouro Preto: Aspectos Generales - La Personalidad Jurídica del MERCOSUR.
- f) Estructura Orgánica: Órganos con capacidad decisoria: El Consejo Mercado Común – El Grupo Mercado Común - La Comisión de Comercio del MERCOSUR. Órganos Consultivos: La Comisión Parlamentaria Conjunta – El Foro Consultivo Económico-Social - La Secretaría Administrativa del MERCOSUR. El Parlamento.
- g) El MERCOSUR hoy: En el ámbito administrativo – En el ámbito legislativo – En el ámbito jurisdiccional – El marco político: El ingreso de Venezuela – El marco económico.

h) El Tribunal Permanente de Revisión.

Colofón.

La Integración Regional

Introducción:

Los Procesos que se vienen desarrollando en los últimos tiempos, ostentan como característica peculiar, el ritmo vertiginoso con el que se desenvuelven las relaciones internacionales.

Hoy el avance de la tecnología, las comunicaciones, los medios de transporte, logran que las partes de una relación jurídica, muy distantes espacialmente, celebren acuerdos mediante la utilización del fax o el télex en forma instantánea, se extiende el uso del contrato electrónico y de la firma digital, se logra efectuar una transferencia de fondos entre entidades bancarias ubicadas en distintos países en cuestión de segundos, se goza de mayor seguridad en los medios de transportes de las mercaderías y mayor certeza en los plazos de entrega; el cierre de la Bolsa de Tokio afectará la apertura de la de Nueva York debido a la información al instante que de los movimientos bursátiles se tiene.

En la actualidad se habla de un mundo globalizado, que en cierta medida significa “economía mundial” en reemplazo de la economía nacional. Actualmente se da la transnacionalización de la industria que implica que un producto se fabrica por partes, en varios países y se venden en otros, existe una mutua interdependencia.

La necesidad de lograr una adecuada inserción al escenario mundial genera profundas transformaciones por parte de los países que han asumido el enorme desafío que implica la formación y consolidación de grandes espacios o áreas integradas; transformaciones que se producen no solo en el aspecto económico, sino también en lo político, en lo social y en lo cultural debido al mayor acercamiento de los pueblos.

Para los empresarios estas áreas integradas significan o representan un importante espacio económico que les permite actuar y desenvolverse en el mercado en situación jurídica de igualdad sin ningún tipo de proteccionismo o neoproteccionismo, donde rigen las reglas claras y

transparentes del mercado.

Significa, en cierta medida, la incorporación de las empresas a la economía de escala, donde serán determinantes factores tales como el avance de la tecnología y la capacitación del personal, pero también será decisiva para la consolidación del espacio a integrar, su grado de seguridad jurídica en las transacciones, su regulación, su nivel de certeza y por supuesto la elaboración de eficientes sistemas de solución de los conflictos que surjan ya sea entre los Estados como tales, entre los Estados y los particulares o los particulares entre sí, para la aplicación de criterios uniformes de interpretación de la normativa regional, que no puede ser dejado al arbitrio de los jueces nacionales y su fundamentación en las legislaciones internas.

En los espacios geográficos integrados el comercio, los negocios internacionales y las inversiones, crecen mucho más rápido que el comercio con el resto del mundo y estos procesos de integración, tanto en su momento fundacional como en su desarrollo posterior, deben enviar señales muy claras a los mercados acerca de cuáles son las condiciones en las que los operadores económicos podían correr el riesgo de invertir, en función del espacio económico ampliado.

Título I

La Integración Regional

- a) Concepto de Integración Regional.
- b) Modos de Integración: La integración formal - La integración no formal.

I.- a) Concepto de Integración Regional:

Integrar significa unir las distintas partes de un todo¹. Etimológicamente este vocablo que viene del latín *integratio* que se traduce como acción y efecto de integrar, esto es, dar integridad a algo, o componer un todo con sus partes integrantes.

Pero, lo antes dicho no llega a darnos una cabal idea de lo que estamos hablando cuando decimos que ciertos países han iniciado un proceso integracionista o han constituido un modelo de integración regional determinado. Cuando hablamos de integración regional, estamos significando algo más que simplemente unir las partes de un todo.

No pudimos hallar una definición o un concepto de “integración” o “*Integratio*” en el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales², tampoco de “espacio integrado” ni de “regionalización” por cuanto podemos decir que es, desde el punto de vista jurídico, un concepto novedoso y en evolución aunque desde el punto de vista fáctico podamos encontrar antecedentes de distintos tipos a través del tiempo.

Karl Deutch sostiene que “integrar significa generalmente constituir un todo con las partes, es decir, transformar unidades previamente separadas en componentes de un sistema coherente”. La característica esencial de cualquier sistema es un grado significativo de interdependencia entre sus componentes, la que consiste en que, un cambio ocurrido entre o en una de

¹ DUTSH, Karl, y NYE, Joseph: “Derecho de la Integración”, Rev, Nº 5 INTAL, donde trata de algo más que simplemente unir las partes de un todo.

² OSORIO, Manuel: “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”. Editorial Claridad. 1.984.

las unidades, produzca un cambio predecible en otra.

Sin embargo, ni la intensificación y diversificación de las interacciones, ni la acentuación de la interdependencia garantizan la presencia de una efectiva integración.

Para ello dichas interacciones e interdependencias deben estar provistas de un sentido y de una finalidad, deben estar sustentadas por el propósito convergente de los actores de lograr determinados objetivos previamente valorados en el plano económico y político, como por ejemplo, lograr mayor seguridad, mayor bienestar para su sociedad.

Podemos concebir a la integración como proceso o situación que puede darse o desarrollarse:

- en el escenario del sistema internacional global, o
- en los subsistemas regionales.

Por consiguiente se habla de integración internacional o integración regional, siendo esta última un concepto que se está refiriendo a un proceso que tiene lugar entre dos o más Estados en una escala geográficamente limitada y en un plano inferior al de la integración global.

La integración regional constituye un esfuerzo o movimiento convergente realizado por parte de los Estados, tendente a la obtención de objetivos comunes, mediante la armonización o unificación no sólo de políticas económicas y financieras, de regímenes monetarios, sino también de políticas socio-culturales y legislativas.³

Lo que no se puede ignorar es que las diversas políticas de integración suelen poner el acento en:

- a) Las interacciones y la interdependencia entre las comunidades políticas independientes, es decir, los Estados.
- b) Entre las estructuras económicas y los grupos sociales y políticos pertenecientes a jurisdicciones estatales diferentes.

En el primer supuesto, nos encontramos frente a una integración

³ BIOCCA – CÁRDENAS – BASZ: “Lecciones de Derecho Internacional Privado – Parte General”. Ed. Universidad. Año 2.003.

política, y el segundo es comprensivo de integraciones sociales, y económicas.

Así Joseph Nije con el propósito de encontrar un esquema conceptual operativo ha distinguido que “el concepto de integración definido como lo que constituye partes en un todo o lo que crea interdependencia puede ser desmembrado en integración económica, - con la formación de una economía transnacional - integración social -con formación de una sociedad transnacional-, e integración política - con la formación de interdependencia política transnacional”.

Barbé nos refiere que puede identificarse al menos tres visiones distintas de la integración regional.⁴ Así en primer lugar, advierte una mirada jurídico – institucional que se concentra en el estudio de las organizaciones internacionales de integración. En este sentido, Díez de Velasco, las define como aquellos espacios en los que “se opera una cesión de competencias de los Estados miembros a los órganos comunes, que se caracteriza por suponer la atribución de poderes del mismo tipo de los que resultan de las funciones superiores de un Estado a unos órganos independientes de los Estados, y por la posibilidad que tienen dichos órganos de pronunciarse por mayoría en caso de estar formados por representantes gubernamentales (y no por unanimidad como en las organizaciones tradicionales), al tiempo que las decisiones que adopten podrán tener, en determinadas ocasiones, autoridad directa e inmediata en los órdenes jurídicos nacionales”.⁵

Un segundo enfoque pone de relieve la dimensión política de la integración. Y en este sentido, autores como Ernst Hass definen a la integración política como un proceso a través del cual los actores políticos transferirían su lealtad y sus expectativas hacia una nueva autoridad o

⁴ BARBÉ, Esther: “Relaciones Internacionales”, Ed. Tecnos, Madrid, 1.995, p. 220 y ss.

⁵ DIEZ de VELAZCO, Manuel: “Las Organizaciones Internacionales”, 8ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1.994.

comunidad superpuesta a las existentes, es decir, a los propios Estados nacionales. Existiría, así, una identidad común.⁶

Y finalmente, se hace referencia a un tercer enfoque, cuyo autor principal es Karl Deutsch, que aborda la integración a partir de la noción de “comunidad de seguridad”. Desde esta perspectiva, en un mundo integrado en una comunidad de seguridad, no habría guerras, las disputas se resolverían por otras vías y se conformaría una ‘zona de paz’”.

Para Ramón Tarnanes, la integración económica es una de las formas de relaciones económicas contemporáneas entre Estados, juntamente con el librecambio y la cooperación económica.

Para este autor la integración económica consiste en “un proceso mediante el cual dos o más mercados nacionales previamente separados y de dimensiones unitarias poco adecuadas se unen para formar uno solo - mercado común- de una dimensión más idónea”. Asimismo considera que en la cooperación económica se trata de reducir barreras, pero que la integración económica se persigue la supresión absoluta de las barreras, para crear un mercado único sin trabas fronterizas.

Sin embargo, la integración está orientada a la regulación de distintos aspectos de la vida de la región. Los procesos de integración no tienen como fin último u objetivo primordial, el aspecto puramente económico. Aún aquellos que se constituyen como meras alianzas o estrategias económicas tienen un fin y objetivo más elevado.

Parte de la doctrina sostiene que los procesos regionales latinoamericanos, como por ejemplo el MERCOSUR,⁷ y sus antecesores, son procesos de contenido fundamentalmente comercial y que este área temática es un fin en sí mismo y no un instrumento para una integración de

⁶ HASS, Ernst: “The Uniting of Europe. Political, Economic and Social Forces”, 1950-1957, Stanford, 1.958, citado por BARBÉ, Esther: “Relaciones Internacionales”, Ed. Tecnos, Madrid, 1.995, p. 221 (nota 284).

⁷ Mercado Común del Sur, constituido a través del Tratado de Asunción e integrado por la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. Venezuela se incorporó como Miembro Pleno en el año 2.006.

contenidos por ejemplo políticos.⁸

Sin embargo, los esfuerzos realizados por los Estados, sus dirigentes, estudiosos, economistas y legisladores; y los sacrificios efectuados por la población en general, deberán estar dirigidos, orientados, a la consecución del bien común, al desarrollo armónico y no dependiente de toda la región que se pretende integrar. Los progresos deberán manifestarse en todos los aspectos para elevar y mejorar la calidad de vida de sus habitantes y no sólo la de un sector de la población, o procurar obtener el equilibrio en la balanza de pagos sin considerar los esfuerzos que todos los sectores han efectuado para el desarrollo de sus actividades en concordancia con el nuevo esquema.

Así suele afirmarse que la expresión “integración” es utilizada por políticos, jurista, sociólogos, economistas, de todos los continentes para referirse al agrupamiento voluntario de varios países soberanos, situados, normalmente en una misma región o continente. Este fenómeno de la integración no comprende únicamente lo económico, sino también lo político, lo social y lo jurídico.

El aspecto económico y la armonización legislativa no son un fin en sí mismo. Ambos constituyen instrumentos de los que los Estados se valen para obtener el mencionado y tan ansiado desarrollo social y cultural armónico no dependiente. Son instrumentos valiosos e imprescindibles sin los cuales, difícilmente dichos procesos integracionistas puedan llevarse a cabo, pero no constituyen su objetivo primordial, la integración no debe agotarse en ellos.

Este objetivo comprensivo de diversos aspectos en los procesos de integración se encuentra normalmente plasmado en los instrumentos fundacionales.

Los Estados miembros del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), concientes de la dimensión de los mercados nacionales consideraron

⁸ GONZÁLEZ, Flavio Floreal: “MERCOSUR – Un Balance de sus objetivos, sus logros y sus asignaturas pendientes.” Revista Jurídica, La Ley, 5/11/1.998.

condición fundamental la integración regional para acelerar los procesos de desarrollo económico con justicia social.

Así en el Preámbulo del Tratado de Asunción⁹ ponen de manifiesto “la necesidad de promover el desarrollo científico y tecnológico de los Estados Partes y de modernizar sus economías para ampliar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes”.

Como podemos comprobar, la finalidad perseguida por los países miembros del MERCOSUR es mejorar la calidad de vida de los habitantes en el territorio del área integrada y los medios utilizados para la obtención de dicha finalidad son:

- La promoción del desarrollo científico y tecnológico.
- La modernización de las economías.
- La ampliación de la oferta.
- La ampliación y mejora de la calidad de los bienes y servicios disponibles.

No debemos perder de vista en ningún proceso que el derecho y la economía tienen como su principal sujeto al ser humano en su vida en sociedad y es su desarrollo pleno y el bienestar común, su principal objetivo.

El más completo plan económico, la creación jurídica más excelsa, constituyen letra inerte si no contemplan, reflejan y responden a las necesidades del hombre. Por eso no debemos olvidar que, a obtener el desarrollo pleno del hombre en su vida en sociedad deberán ir dirigidos todos los esfuerzos en el área a integrar.

La doctrina sostiene que la integración es un fenómeno de carácter pluridimensional, plurifacético, globalizante, típico del siglo XX, que tiene la virtualidad de incidir no sólo en lo económico, sino también en lo social, en lo político, en lo jurídico y en lo cultural.

Ahora bien, el mayor o menor énfasis que se asigne a ésta diversidad de cuestiones es indicativo de las diferencias esenciales de contenido del

⁹ Tratado fundacional del MERCOSUR, hecho en la ciudad de Asunción del Paraguay el 26 de marzo de 1.991.

vocablo integración, como así también de los diversos modelos existentes.

En consecuencia, deberán definirse -en primer término- los objetivos de la integración regional que se pretende erigir, y recién entonces una vez determinados, deberán elaborarse los instrumentos jurídicos y políticos adecuados para el cumplimiento de ese objetivo.

I.- b) Modos de Integración:

La Integración Formal y la Integración No Formal

En el escenario internacional, así como existen distintos modelos de integración, estos bloques, espacios o áreas integradas tienen distintas características y se han ido desarrollando de manera distinta. Podemos distinguir así lo que se ha dado en llamar: Integración Formal e Integración No Formal.

Las primeras -entre las que encontramos la Unión Europea, el Grupo Andino, el CARICOM, el Nafta, el MERCOSUR- son aquellas que se estructuran a partir de tratados y formulan -con distinto grado de elaboración, según el tipo de integración adoptado-, el derecho de la integración, regional o comunitario adecuado -originario y derivado- creando, además, los órganos regionales necesarios para posibilitar el cumplimiento del objetivo comunitario o regional.

Es decir, que se establece claramente cual será su estructura orgánica y se elabora (o se dan las pautas para ello) el derecho adecuado para regir en el área.

Pero también se han dado a lo largo de la historia -y nada impide que se sigan dando en el futuro- una suerte de integración de hecho a la que la doctrina denomina integración no formal como la que se observó entre los países del Sudeste Asiático y el Japón, que a pesar de carecer de un tratado fundacional surge a partir de un efectivo anudamiento de las relaciones entre los países que ostentan una manera similar de concebir y manejar los negocios y las relaciones jurídicas internacionales entre sí y frente al mundo, basado en su cultura, idiosincrasia y tradición que les son propias.

Es por ello que lo que se distingue en la formación, en la creación de un área integrada, lo que la caracteriza no es la formalización de un pacto o tratado de integración, sino el hecho de ponerse de acuerdo en la consecución o logro de objetivos comunes y dirigir allí sus esfuerzos mancomunadamente.

Título II:

Tipos de Integración

- a) Distintos tipos de integración: La Integración Fronteriza - Zona de Libre Comercio - Unión Aduanera – Mercado Común - Comunidad Económica y Unión Económica. Zona Franca.
- b) La integración Latinoamericana.

II.- a) Distintos tipos de integración:

Los sistemas de integración son siempre dinámicos y difícilmente consoliden un tipo o modelo puro de integración, ya que habitualmente, a los elementos propios y característicos de cada modelo suele sumársele alguna particularidad de otro modelo integracionista, lógicamente adecuándolo a las necesidades y circunstancias del área a integrar.

Las integraciones regionales suelen articularse a través de diversos sistemas a saber:

- a) Integración Fronteriza.
- b) Zona de Libre Comercio.
- c) Unión Aduanera.
- d) Mercado Común.
- e) Comunidad Económica o Unión Económica.

Estos distintos esquemas de integración requieren por parte de los Estados diferente grado de compromiso.

En los más elementales, los Estados no suelen ceder facultades o potestades en órganos regionales y comunitarios, conservando para sí la plenitud de sus derechos soberanos. Los órganos creados suelen tener sólo funciones administrativas y las decisiones políticas se toman por el acuerdo unánime o consenso de los Estados Miembros.

A medida que analizamos esquemas más complejos es mayor el grado de compromiso asumido por los Estados, y esto se observa tanto en la

complejidad de la estructura orgánica, las funciones y poderes conferidos a los órganos comunitarios, en la elaboración del llamado derecho comunitario y por supuesto también en el método de solución de conflictos elaborado, que puede variar desde las negociaciones directas, el sometimiento de la cuestión a un tribunal arbitral (ad - hoc o permanente) o la creación de un tribunal jurisdiccional permanente con la atribución de poderes suficientes para imponer sus decisiones a los Estados Parte (como es el caso del Tribunal de Justicia para las Comunidades Europeas).

- Integración Fronteriza:

Es en rigor más que un proceso de integración, un movimiento subregional con un objetivo tarifario en el comercio fronterizo.

- La Zona de Libre Comercio:

Se trata de un proceso jurídico comercial transitorio por el cual los Estados Parte regulan sus intercambios comerciales concediéndose exenciones progresivas aduaneras, de gravámenes y restricciones.

Implica la eliminación de las barreras arancelarias entre los Estados integrantes de la zona únicamente para los productos originarios de los Estados Parte. Es decir implica la implementación intra-zona del "arancel 0", ya sea para la totalidad de los bienes y servicios que circulen en ella o rigiendo parcialmente dicha exención para un número determinado de productos.

Se dice que es un estadio intermedio entre el régimen de preferencias aduaneras y las uniones aduaneras, ya que en la Zona de Libre Comercio cada país conserva su autonomía comercial, tarifaria e impositiva frente a los terceros (Estados o particulares).

Es decir que se busca el levantamiento de las barreras arancelarias intra-zona pero cada Estado conserva su autonomía y fija libremente los aranceles hacia el exterior (extra-zona).

Como ejemplo de zonas de libre comercio podemos mencionar a el

NAFTA (North American Free Trade Agreement), que vincula a Canadá, los Estados Unidos de Norteamérica y México; o el APEC (Acuerdo Económico de los Países del Pacífico Este).

Entre los que nos vinculan, podemos citar el Acuerdo de Complementación económica MERCOSUR-Chile, el cual establece en su artículo 2º que:

“Las Partes Contratantes conformarán una Zona de Libre Comercio en un plazo de 10 años a través de un programa de Liberación Comercial que se aplicará a los productos originarios de los territorios de las Partes Signatarias. Dicho programa consistirá en desgravaciones progresivas y automáticas aplicables sobre los gravámenes vigentes para terceros países en el momento de despacho a plaza de las mercaderías”.

- La Unión Aduanera:

Conforme la definición que nos brinda el Diccionario de Ciencias Jurídicas; Políticas y Sociales¹⁰, la Unión Aduanera (U.A.) es una convención entre dos o más Estados que suprime el pago o percepción de derechos al salir las mercaderías de un país hacia otro o al ingresar desde el extranjero.

Asimismo refiere que tales acuerdos ofrecen trascendencia económica y hasta política, por ejemplo la reunificación germana del siglo XIX fue posible gracias a la preparación que significó entre los pueblos que integraron el Imperio alemán la formación de la unión aduanera que formaron Prusia, Baviera, Hannover, Sajonia y otros Estados en 1.834.

La Unión Aduanera se caracteriza por la supresión de todas las trabas y restricciones aduaneras intra-zona y el acuerdo de una política común en relación con los terceros.

Se articula sobre dos elementos básicos que son:

a) La liberación del comercio recíproco entre los Estados participantes, con

¹⁰ OSORIO, Manuel; Diccionario de Ciencias Jurídicas...” ob. cit.

la supresión de los aranceles para los bienes y servicios que circulen en el área (vigencia del arancel intra-zona cero).

b) La elaboración y vigencia de un arancel externo común (A.E.C.)

Algunos autores agregan como característica propia de la unión aduanera la existencia de un tercer elemento que es la creación de una Aduana Común que provea de rentas al área integrada.

Los derechos aduaneros quedan eliminados dentro del territorio que constituye la Unión y cada Estado aplica idénticos derechos de aduana en sus relaciones con los terceros Estados.

Por lo tanto hay una política exterior común que la diferencia de la zona de libre comercio. Se establece el Arancel Externo Común (A.E.C.).

Según la calificación efectuada por el Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y el Comercio (G.A.T.T.), en su artículo XXIV, apartado 8, “*Se entenderá por Unión aduanera la sustitución de dos o más territorios aduaneros por un solo territorio*”. Sus miembros eliminan los derechos de aduana y demás restricciones al comercio para lo esencial del intercambio de productos originarios intra-zona, y que los derechos y demás reglamentaciones aplicadas por los Estados Parte en su comercio con actores extra zona serán sustancialmente idénticos.

Como ya se expuso, los sistemas de integración regional, además de ser dinámicos, difícilmente se consoliden en un modelo puro. Por ejemplo, la Comunidad Económica Europea, si bien adoptó una Unión Aduanera, su desarrollo en las normas del tratado infiere mayores consecuencias que las apuntadas por el G.A.T.T.

Así el Tratado de la Comunidad Europea señala que ésta se basará en una unión aduanera que abarcará la totalidad de los intercambios de mercaderías y que implementará la prohibición entre los Estados Miembros de los derechos de aduana de importación y exportación, así como la adopción de un arancel externo común en sus relaciones con terceros países.

Se eliminan así, los derechos y demás restricciones al comercio intra

comunitario sobre los productos originarios del área, y también los extra-zona que hayan cumplido sus obligaciones aduaneras para la Comunidad en algún Estado Miembro siendo aquella quien establece y percibe el arancel que deben soportar los productos de los países no miembros, y legislar en la materia.

Otro concepto o noción de lo que se entiende por unión aduanera resulta de la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

El Tribunal Permanente de Justicia de La Haya en el año 1.931, en oportunidad de pronunciarse respecto al régimen aduanero existente entre Alemania y Austria, estableció que una Unión Aduanera requería:

- uniformidad de legislaciones y de aranceles entre sus miembros,
- unidad de fronteras y de territorio aduanero frente a los Estados no miembros,
- supresión de derechos de exportación e importación en los intercambios entre los Estados Parte, y
- el reparto, según proporciones establecidas, de los derechos aduaneros.

Como se observa no podemos decir que contemos con un concepto rígido y bien consolidado. Por el contrario, si bien la Unión Aduanera se caracteriza por la existencia de elementos específicos – arancel intra zona cero y A.E.C. - cada región le adiciona aquellos que son necesarios para el logro de sus objetivos comunes, teniendo en cuenta las características propias del área que se pretende integrar.

Diversas Uniones Aduaneras:

Se han desarrollado a lo largo de la historia, diversos esquemas o uniones aduaneras. Algunas lograron sostenerse sólo formalmente, fracasando en la consecución de los fines propuestos, otras han logrado avances y sufrido retrocesos, y otras han ido desarrollándose lenta, pausadamente, pero de mantener el firme propósito de obtener el logro de sus objetivos, podrán lograr el desarrollo de la región. Podemos citar:

- El Grupo Andino.

- Mercado Común Centroamericano (M. C. C. A.).
- El CARICOM.
- La ALADI.
- El Mercado Común del Sur.

El Grupo Andino:

El Grupo Andino (hoy Comunidad Andina) se originó con la firma del Acuerdo de Cartagena en 1.969 como intento de los países andinos (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú) por una parte, de superar la situación de preeminencia que tenían dentro de la vieja ALALC los tres países más industrializados de la región (Argentina, Brasil y México) y, por la otra, acelerar las acciones para conformar una unión aduanera. Posteriormente ingresó Venezuela en el año 1.973 y Chile lo abandonó en 1.976.

Este esquema se apoyó en el modelo europeo estableciendo en su estructura institucional un órgano supranacional (la Junta del Acuerdo de Cartagena, hoy Secretaría General), y agregando a su organización pocos años después un Tribunal de Justicia.

Los objetivos del Grupo Andino fueron:

- Eliminar las barreras al comercio recíproco.
- Establecer la vigencia de un Arancel Externo Común.
- Armonizar las políticas económicas y sociales.
- Adoptar un programa conjunto de industrialización.

Inicialmente el comercio intra-subregional se incrementó entre los países miembros cuyos mercados tenían escasos lazos preexistentes, poniendo en marcha el programa de industrialización. Pero poco después se abandonaron los plazos para el cumplimiento del programa de liberación y la adopción del arancel externo común.

Consientes de este estado de cosas en 1.987 se modifica el Acuerdo de Cartagena, con la firma del Protocolo de Quito se estableció una mayor flexibilidad para el logro de las metas del Grupo Andino.

En diciembre de 1.991 se firma en Cartagena el Acta de Badalona,

que preveía el establecimiento de una zona de libre comercio que entraría a regir el 1º de enero de 1.992, con la definición de un arancel externo común con cuatro niveles.

Mercado Común Centroamericano (M. C. C. A.):

El Tratado General de Integración Centroamericana -Tratado de Managua-, que fue suscrito en 1.960 entró en vigor en el año 1.961 entre El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua. Costa Rica se adhirió en 1.963. En él se prevé el libre comercio inmediato del 95% de los bienes en el área.

Fue uno de los esquemas de integración más avanzados y exitosos de América Latina en la década de los años sesenta. En 1.970 Honduras se retiró de facto con la imposición de aranceles a las importaciones provenientes de América Central en virtud de un conflicto surgido con El Salvador.

Esta situación sumada a conmociones políticas y dificultades económicas, hicieron que el MCCA sólo sobreviviera nominalmente.

En junio de 1.990 se aprobó en Guatemala el Plan de Acción Económica para Centroamérica, en el que se preveía la revitalización de la integración económica de Centroamérica estableciéndose las bases para una nueva estrategia para la integración económica regional compatible con la apertura externa.

En el año 1.992, y reincorporada Honduras, creó junto a El Salvador y Guatemala “El Triángulo del Norte” con el establecimiento, ya en 1.993, de una zona de libre comercio a la que se unió Nicaragua para crear el “Grupo de los Cuatro”. Estos países firmaron en octubre de 1.993 el Protocolo de Guatemala con el objetivo de establecer una Unión Económica, modernizando el programa encaminado en el Tratado de Managua de 1.960.

Los miembros del Mercado Común Centroamericano (Costa Rica, Guatemala, Honduras, El Salvador y Nicaragua) y Panamá formaron en 1.993 el SICA - Sistema de Integración Centroamericana.

El CARICOM:

Está integrada por Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Jamaica, Montserrat, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tobago. En 1.995 ingresó Suriname.

En el año 1.967 se había creado la Asociación de Libre Comercio del Caribe (CARIFTA) constituyendo un acuerdo de libre comercio limitado, pero fue sustituido por el Caricom cuando Barbados, Guyana, Jamaica y Trinidad y Tobago firmaron el Tratado de Chaguarramas el 4 de julio de 1.973.

A partir de julio de 1.989 los Jefes de Gobierno de los Estados Miembros comenzaron con la adopción de una serie de medidas tendentes a impulsar, promover y estimular la integración política y económica, siendo uno de los principales objetivos el establecimiento gradual en el área de un arancel externo común (A.E.C.) para la mayoría de los bienes.

En enero de 1.995 el Caricom y Chile firmaron un acuerdo para evaluar la posibilidad de establecer el libre comercio entre ellos.

La ALADI:

La Asociación Latinoamericana de Integración está formada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

Fue creada en 1.980, en reemplazo de la A.L.A.L.C¹¹, con la finalidad de promover el crecimiento del intercambio comercial y la cumplimentación económica, como medio para que los países de la región puedan acelerar su proceso de desarrollo económico y social a fin de asegurar un mejor nivel de vida para sus pueblos.

¹¹ La A.L.A.L.C. fue constituida por el Tratado de Montevideo del 18 de febrero de 1.960, ratificado por Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay y con la adhesión de Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela. Su objetivo era conformar en lo inmediato una zona de libre comercio y a largo plazo un mercado común. Ello se llevaría a cabo mediante negociaciones multilaterales periódicas, sobre la base de listas nacionales de productos con reducciones anuales de gravámenes y una lista común de productos cuyos gravámenes las partes se comprometían a eliminar íntegramente bajo el principio de la generalización de las concesiones. Los objetivos eran muy ambiciosos y ya a partir de 1.966 se vislumbraron las muestras de su fracaso.

Esta Asociación de doce (12) países permite la celebración de acuerdos entre dos o más países. Utiliza como herramienta para lograr sus objetivos en el plano comercial, los acuerdos de libre Comercio que pueden ser bilaterales, plurilaterales o regionales.

En su marco, se han celebrado más de cuarenta (40) acuerdos de alcance parcial entre dos o más países, la mayoría de los cuales fueron suscriptos en la década de los noventa. Un ejemplo es precisamente el MERCOSUR.

Si un país integrante de la ALADI firma un acuerdo de libre comercio con países no miembros, debe extender las concesiones a los demás miembros de la Asociación.

La ALADI administra diversos acuerdos comerciales bilaterales y regionales configurando un área de preferencias arancelarias.

Su organización consta, entre otros órganos, de un Comité Permanente de Representantes integrado por Delegaciones de los doce (12) Países Miembros, cada una de ellas formada por un Embajador y personal diplomático y de apoyo. Además la Secretaría General, que funciona en Montevideo y cumple funciones técnicas, tiene personal profesional y administrativo en cantidad que, para muchos de los países integrantes, es desmedida con relación a las tareas que desarrolla y a los servicios que presta esa Secretaría.

Si bien la ALADI no se organizó como un proceso comunitario al estilo de la Comunidad Europea o el que aspira llegar el MERCOSUR, están cumplidas algunas funciones positivas en el proceso de integración latinoamericano.

Sin embargo en los hechos, según expresa Lipovetsky, la ALADI no alcanzó a generar un poder político con capacidad de decisión en los grandes problemas del intercambio y desvinculada de los proyectos de cada uno de los países miembros de lograr el desarrollo nacional, paulatinamente fue alejándose del objetivo inicial de crear un mercado común latinoamericano.

Como su nombre lo indica el MERCOSUR aspira a constituirse en un Mercado Común no obstante lo cual su análisis actual corresponde calificarlo, como sostiene la doctrina, como una Unión Aduanera incompleta.

Mercado Común:

El objetivo de un Mercado Común no se completa con el levantamiento de las barreras aduaneras intra-zona y el establecimiento del arancel externo común. El Mercado Común tiende a barrer las fronteras económicas promoviendo la libre circulación de mercaderías o bienes, de personas, de servicio y de capitales. Por eso suele decirse que en un mercado común imperan, se desarrollan o rigen las cuatro libertades básicas; siendo ellas las características propias de estos modelos.

Pero no aquí se agotan los elementos característicos de un Mercado Común, ya que también implica la creación de órganos regionales, con asumidas concordancia y coordinación política entre los Estados Miembros y hacia el exterior en forma conjunta y programada. Existe una estructura orgánica regional bien elaborada.

Estos órganos además crean o elaboran el derecho regional, es decir la normativa que regirá en el área entre los Estados integrados y regulará su comportamiento en bloque hacia el exterior.

El Tratado de la Comunidad Económica Europea no contenía una definición expresa de mercado común, no calificaba este concepto por cuanto no existía una formulación apriorística en las normas fundacionales.

Recién el Tratado de la Comunidad Europea en su artículo 7 - a.- definió el concepto de “mercado interno” aclarando que *“implicará un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estarán garantizadas de acuerdo con las disposiciones del Presente Tratado”*.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el caso Gastón

Schul,¹² en oportunidad de interpretar las normas vigentes en el área determinó que el Mercado Común “comprende la eliminación de todas las trabas a los intercambios intra comunitarios con vistas a la fusión de los mercados nacionales en un mercado único que funcione en condiciones lo más similares posibles a las de un verdadero mercado interior.”

Entre nosotros, si bien el MERCOSUR, como ya se expuso, es actualmente una Unión Aduanera imperfecta o incompleta y no constituye un Mercado Común, aspira a serlo.

El Tratado de Asunción - tratado fundacional del Mercado Común del Sur- se estableció claramente la voluntad de los Estados Parte de constituir un Mercado Común; y, el artículo 1º no deja dudas de lo que debe entenderse por Mercado Común, el cual implica “*La libre circulación de los bienes, servicios y factores productivos entre los países...*”.

La elección de un Mercado Común como modelo integrativo, sigue siendo el objetivo del MERCOSUR, finalidad ratificada en 1994, en el Protocolo de Ouro Preto¹³ en cuyo Preámbulo se han reafirmado los principios y objetivos del Tratado de Asunción, resaltando asimismo que los Estados Parte son conscientes de la importancia de los avances alcanzados y de la implementación de la Unión Aduanera como etapa previa a la construcción de un Mercado Común.

La Unión Regional o Unión Económica:

La Unión regional es el grado más avanzado de integración regional que se conoce hasta la fecha ya que requiere e implica un fuerte compromiso por parte de los Estados Miembros con el esquema elegido.

Comprende la integración de prácticamente todos los aspectos de la actividad económica de los Estados Partes. Implica la adopción de políticas micro y macro económicas uniformes.

Además de encontrarse en él las características analizadas en los

¹² Rec. 1.982 p. 1431/1432.

¹³ Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR.

esquemas anteriores, es decir: libre circulación de capitales, bienes, servicios y personas, libre circulación de sentencias y laudos arbitrales, implementación de una política interna y externa uniforme, con la vigencia del arancel externo común, etc.; se destacan además una sólida estructura orgánica, con órganos comunitarios supranacionales, no sólo políticos y legislativos, sino también judiciales, con la creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad.

Existe uniformidad también en su política monetaria y cambiaria. Cuando entre las mencionadas actividades económicas integradas en la región, se incluyen las actividades financieras, resulta necesaria la adopción de una política monetaria común, que llevará a la creación de un sistema monetario bajo la conducción de un Banco Central de la Comunidad y por último de una moneda común, a través de la cual se perfeccionará la Unión Monetaria.

Además de la circulación de una moneda única en la región; se adopta una documentación uniforme para los ciudadanos que pasan a ser “ciudadanos comunitarios”, con igualdad de derechos y garantías, obligaciones y responsabilidades en cualquiera de los Estados Parte.

Se resaltan y respetan los objetivos e intereses comunitarios, que son privilegiados ante los intereses o conveniencias de los Estados individualmente.

El único espacio que ha alcanzado este nivel de integración es la Unión Europea, entre los países que integran la zona euro.¹⁴

La Zona Franca

La Zona Franca es una medida puramente económica, en la que hay un sólo país implicado. No constituye en rigor de verdad una integración ya

¹⁴ Para un desarrollo de los tipos de integración regional, puede consultarse entre otros: BASALDÚA, Ricardo X.: "En torno al Derecho de la Integración", en Revista de Estudios Aduaneros N° 10, Instituto Argentino de Estudios Aduaneros, Año VI, Buenos Aires, 1.997, ps. 89 a 113; BOTTO, Mercedes: "La integración regional en América Latina: ¿una alternativa para el crecimiento?", Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), 2.003, p. 3 y ss.

que no involucra distintos Estados ni parte de estos. Es una zona dentro de un Estado que es tratada como si las actividades comerciales e industriales se desarrollan en un país distinto de aquel dentro del cual se llevan a cabo.

El fin es promover la inversión dentro de un país sin las trabas especialmente de carácter impositivas que existen en el mismo.

No existe integración sino simplemente el interés del país que crea la Zona Franca por lograr que una región poco productiva, poco habitada, pobre, a veces árida o desértica pueda poseer una fuente de ingresos que garantice el desenvolvimiento comercial y el crecimiento de la zona.

II.- b) La Integración Latinoamericana:

Al analizar los esquemas subregionales latinoamericanos no puede soslayarse el contexto en el que se desarrollan, caracterizado por un abigarrado entramado de acuerdos comerciales bilaterales,¹⁵ multilaterales,¹⁶ regionales o con vocación regional¹⁷ y estrictamente subregionales¹⁸.

Latinoamérica no estuvo ajena a este movimiento que se ha desarrollado en distintas partes del mundo, y relacionado a países de diferente desarrollo económico, cultural, sistemas políticos, y distintos sistemas jurídicos. La década de los años '90 ha sido testigo de la multiplicación de acuerdos regionales de integración económica en diversas partes del mundo. Hasta Estados Unidos, que siempre había proclamado que los acuerdos de comercio preferencial socavaban las ventajas del

¹⁵ Chile es paradigmático en este sentido; si bien no pertenece como Estado Parte a ninguno de los bloques de la región, se encuentra vinculado por acuerdos bilaterales con un importante número de países, no sólo de América Latina. Asimismo, es Estado asociado del MERCOSUR.

¹⁶ Existen muchos en la región, como los de México con Colombia y Venezuela (G-3), y con el "Triángulo Norte" (El Salvador, Honduras y Nicaragua), los varios celebrados por los países centroamericanos (con Chile, con Estados Unidos y República Dominicana –CAFTA-, con Panamá), o por la Comunidad del Caribe –CARICOM- (con Costa Rica y con República Dominicana).

¹⁷ Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, son miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) habiéndose protocolizado en su haber un importante número de Acuerdos de Complementación Económica (ACE) y Acuerdos de Alcance Parcial (AAP).

¹⁸ Latinoamericanos, en sentido riguroso, sólo hay tres esquemas: MERCOSUR, la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA).

sistema multilateral, suscribió ese tipo de convenios primero, en forma bilateral con Canadá y luego con ese país y con México, además de lanzar el proyecto de un Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

En el ámbito latinoamericano, donde los intentos de integración de las economías siempre tuvieron buena acogida, el contexto internacional ha determinado que las características de los proyectos de integración en curso sean distintas a las de las décadas de los años '60 y '70. En los actuales procesos de integración, a diferencia de lo actuado durante los anteriores, no se está encarando la inserción internacional como etapa posterior a la integración regional, sino que se intentan ambos objetivos simultáneamente.

En materia de organización institucional para administrar los acuerdos de integración también se registra una actitud diferente en los países latinoamericanos, manifestándose una preferencia por sistemas en los cuales se enfatiza la interacción entre las respectivas autoridades nacionales, predominando las características de intergubernamentalidad. Ello determina que no se busque una administración centralizada, ni órganos comunes independientes de los gobiernos.¹⁹

El MERCOSUR (nombre abreviado de "Mercado Común del Sur") es un proyecto que se inició en 1.991 con la firma del Tratado de Asunción y que nuclea, aglutina, vincula a Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y con la reciente incorporación de Venezuela. El mismo no escapa a la tendencia recién señalada en materia jurídico-institucional.

Numerosas razones influyeron en los Estados de América Latina para tomar la decisión de interrelacionarse mediante alianzas e integraciones. Las profundas transformaciones producidas en la configuración actual del mundo por la aparición de complejos y serios problemas globales que afectan a la comunidad internacional en su conjunto, como la escasez o mala distribución de los alimentos, las presiones demográficas, la competencia por el control

¹⁹ CZAR de ZALDUENDO, Susana: "La institucionalización de los acuerdos regionales: El caso del Mercosur" Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Ed. Albremática. www.elDial.com. Año 2.004.

de los recursos o toda la gama de males económicos desde la inflación, el desempleo y el endeudamiento, hasta los problemas de la inestabilidad de los mercados y de productos básicos, estuvieron entre los motivos prioritarios.²⁰

Se ha producido un profundo debate ideológico sobre los beneficios o perjuicios de la integración, habiéndose comprobado fehacientemente las ventajas de la integración sobre los modelos de autosuficiencia de los Estados como mecanismo para avanzar en el crecimiento económico y en el desarrollo integral de los pueblos.

Afirma Rostow, en torno a tan remanido debate, que no pueden dejar de tenerse en cuenta las discusiones teóricas planteadas en las ciencias sociales en torno a la “teoría del desarrollo” y la “teoría de la dependencia”. La primera plantea cómo se moderniza e industrializa un país alcanzando niveles de vida, educación, salarios y otros aspectos que propenden a una existencia humana próspera y eficiente enfocando, algunos autores, la mecánica económica solamente, e incluyendo otros, el impacto y pertinencia de lo social, lo jurídico y lo político.²¹

Los avances y fracasos de estos esquemas se vinculan directamente con las previsiones plasmadas normativamente, su cumplimiento y los efectos que se producen de cara a su implementación.

Fracaso no es equivalente a “retroceso” y tampoco a “carencia” (evidenciadas por ejemplo, en el incumplimiento de decisiones, o plazos y falta de reglamentación jurídica). Sin embargo, los retrocesos pueden conducir al fracaso del esquema propuesto, cuando no se brindan signos objetivos que reflejen la firme voluntad política de afianzar dicho esquema.

Al decir de destacada doctrina el MERCOSUR es un bloque

²⁰ Ver DREYZIN de KLOR, Adriana: “El MERCOSUR, Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado”, Buenos Aires, Zavallia, 1.997, p. 28.

²¹ ROSTOW. W. W.: “La economía del despegue hacia el crecimiento autosostenido”, Madrid, Alianza, 1967. Ver también: MANSILLA, H.: “Latin America and the Third World: Similarities and Differences in Development Concepts”, Vierteljahresberichte, N° 68, 1.977, pp.119-135; y también KALMANOVITZ, Salomón: “Cuestiones de método en la teoría del desarrollo”, Comercio Exterior, vol. 32, N° 5, 1.982, pp. 531-542.

subregional, un esquema pendular que oscila permanentemente entre avances y retrocesos que de modo alguno identifica con la posibilidad de un fracaso irreversible; por el contrario, consideran al MERCOSUR un camino sin retorno. La referencia en particular a este proceso halla respaldo en dos razones: la primera radica en que siendo los esquemas subregionales el tema objeto de tratamiento, optamos por encarar el modelo que conocemos más acabadamente por nuestra permanente dedicación a su desarrollo jurídico-institucional y su desenvolvimiento estructural, y la segunda, se debe a los Acuerdos que los Estados Partes del MERCOSUR vienen firmando con otros Estados del continente y con los países que integran la CAN para avanzar en la conformación de un espacio sudamericano.²²

En Latinoamérica la creación de bloques regionales coexisten con un proyecto mucho más ambicioso cual es la conformación de una Comunidad Latinoamericana de Naciones (CLAN), aspiración cuyas manifestaciones son más o menos entusiastas según las variables que se mueven en la región, tal como puede confirmarse a través de las permanentes negociaciones que lejos de ser lineales, fluctúan de manera constante.

Actualmente la voluntad política pareciera jugar en favor de esta posición que se desarrolla paralelamente a la conformación del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA). El intento de crear una Comunidad Latinoamericana de Naciones encuentra sus raíces en el inicio mismo de la vida republicana de estos pueblos. Nuestros próceres fueron abanderados de esta causa y visualizaron como imperiosa, la necesidad de la unión de los pueblos latinoamericanos.

El proyecto latinoamericano, con raíces en factores históricos, sociales y culturales, y no solamente económicos y comerciales, es una alternativa tan coherente como difícil de alcanzar. Oropeza García, completando la idea agrega que debe tenerse en cuenta la crisis económica

²² FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y DREYZIN de KLOR, Adriana: "Avances y fracasos de los esquemas subregionales latinoamericanos. El caso del MERCOSUR." Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración – Editorial Albremática- www.elDial.com, 2.005.

y la caída general de los índices de desarrollo a nivel mundial pues estos factores contribuyen a agravar más aún la situación de los países de la región latinoamericana.²³

Pese a las asignaturas pendientes, la dinámica que se observa hoy en las relaciones internacionales supera toda previsión. De hecho, durante el curso del mes de septiembre y primeros días del mes de octubre del 2.004, ha comenzado a tomar más cuerpo el acuerdo entre el MERCOSUR y la CAN, un emprendimiento en el que se viene trabajando con la aspiración de conformar una Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN), para luego avanzar hacia el espacio integrado latinoamericano.

La decisión política por la que se pretende alcanzar la integración creando una Comunidad Sudamericana de Naciones fue tomada por los mandatarios de los Estados que integran ambos bloques. El llamado Espacio Suramericano de Integración (ESI) se construirá - de acuerdo a las declaraciones efectuadas por el secretario general de la Comunidad Andina, Allan Wagner - a través de "una paulatina convergencia entre la CAN y el MERCOSUR". A fin de concretar el proyecto, el funcionario propuso la suscripción de un tratado marco que vaya más allá de la integración comercial y, en una perspectiva más amplia que la de un tratado de libre comercio, profundice la integración comercial, el desarrollo de infraestructuras, la cooperación financiera, la cooperación política y el desarrollo económico y social. Estas declaraciones fueron formuladas en la sesión extraordinaria organizada por la ALADI en Montevideo en octubre de 2.004.

En la misma línea se pronunció el Presidente del Comité Permanente del MERCOSUR, Eduardo Duhalde, en su visita a Asunción. Sostuvo entonces que "...estamos en víspera del 'acontecimiento político de la centuria' al referirse a la unidad de los diez (10) países sudamericanos". Ese número resulta de sumar Chile a los Estados Parte de MERCOSUR y a los

²³ OROPEZA GARCÍA, Arturo: "Los esquemas latinoamericanos de integración frente al ALCA", (coord.), www.sre.gob.mx, p.124.

países que integran la CAN.

Ciertamente, la formación de regionalismos adquiere una incidencia notoria en esta zona del continente ya que aún cuando la sociedad continúa siendo de naturaleza universal, la llamada “era del regionalismo” es considerada un fenómeno clave de nuestro tiempo.

Título III

El MERCOSUR

- a) Caracterización del MERCOSUR.
 - b) Fundamentos, propósitos y principios.
 - c) Los órganos, su naturaleza y características.
 - d) Posibles causas de la estructura adoptada.
 - e) El Protocolo de Ouro Preto: Aspectos Generales - La Personalidad Jurídica del MERCOSUR.
 - f) Estructura Orgánica: Órganos con Capacidad decisoria: El Consejo Mercado Común – El Grupo Mercado Común - La Comisión de Comercio del MERCOSUR. Órganos Consultivos: La Comisión Parlamentaria Conjunta – El Foro Consultivo Económico-Social - La Secretaría Administrativa del MERCOSUR. El Parlamento.
 - g) El MERCOSUR hoy: En el ámbito administrativo – En el ámbito legislativo – En el ámbito jurisdiccional – El marco político: El ingreso de Venezuela – El marco económico.
 - h) El Tribunal Permanente de Revisión.
- Conclusión.

III.- a) Caracterización del MERCOSUR

El MERCOSUR fue creado con la firma del Tratado de Asunción el 26 de marzo de 1.991 por parte de la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, y fue aprobado en nuestro país por ley N° 23.981.

El Tratado de Asunción fue precedido por la firma de diversos acuerdos en el área.

Como antecedente de los primeros movimientos integracionistas en los que participaron los países miembros del MERCOSUR en la década del setenta encontramos el Protocolo de Expansión Comercial (PEC) celebrado

entre Uruguay y Brasil; y el Convenio Argentino – Uruguayo de Cooperación Económica (CAUCE), que la República Argentina celebró con Uruguay, entre otros.-

Entre los años 1.984 y 1.989 la República Argentina y la República Federativa del Brasil, suscribieron veinticuatro protocolos bilaterales en los que se regulaban distintas áreas.

El antecedente más inmediato del MERCOSUR data del año 1.985 con la Declaración de Iguazú, dado por los presidentes Alfonsín y Sarney, el 29 de noviembre de ese año en el cual pusieron de manifiesto “la firme voluntad política de acelerar el proceso de integración bilateral”, tendente a la expansión del comercio bilateral mediante la adopción de un enfoque sectorial.

El 29 de julio de 1.986 se celebra en Buenos Aires entre los presidentes Alfonsín y Sarney el acta para la Integración Argentino – Brasileño que crea el programa de Integración y Cooperación Económica entre la República Argentina y la del Brasil.

Ambos países también suscriben el 29 de noviembre de 1.988, el tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo.

El 6 de julio de 1.990 los jefes de Estado Argentino (Menem) y Brasileño (Collor) suscriben el Acta de Buenos Aires que establece un Mercado Común que debería encontrarse definitivamente conformado el 31 de diciembre de 1.994.

En 1.990 se registra en la ALADI la suscripción del acuerdo de complementación económica entre Argentina y Brasil, ese mismo año se reúnen ambos países con autoridades de Uruguay y Paraguay planteando la necesidad de suscribir un acuerdo creando un mercado común cuatripartito.

El 14 de diciembre de 1.990 se firma entre Argentina y Brasil un Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica (AAP.CE.14).

El 26 de marzo de 1.991 se firma el Tratado de Asunción o Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República

Oriental del Uruguay, cuyo objetivo era instrumentar un documento destinado a hacer posible la creación del mercado común.

El 29 de diciembre de 1.991 se firma entre Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay, un Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica (AAP.CE.18).

El 17 de diciembre de 1.994, los cuatro países miembros del MERCOSUR, firman el Protocolo de Ouro Preto, o Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR.

Podemos afirmar que los dos instrumentos principales para el logro de la integración regional fueron un programa de liberación del comercio intra-zona; y el compromiso de aplicar el Arancel Externo Común en sus relaciones con terceros.

El Tratado de Asunción de 1.991 previó la posibilidad de adhesión de otros Estados miembros de la A.L.A.D.I., pero condicionada a la negociación y aprobación unánime de los Estados Partes del MERCOSUR.

Así en el artículo 20 se estableció: *"El presente Tratado está abierto a la adhesión, mediante negociación, de los demás países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración, cuyas solicitudes podrán ser examinadas por los Estados Partes después de cinco años de vigencia de este Tratado. No obstante, podrán ser consideradas antes del referido plazo las solicitudes presentadas por los países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración que no formen parte de esquemas de integración subregional o de una asociación extraregional. La aprobación de las solicitudes será objeto de decisión unánime de los Estados Partes."*

A pesar de dicha apertura, hasta la fecha no se habían producido adhesiones plenas o incorporaciones de otros Estados al tratado constitutivo del MERCOSUR, hasta la reciente incorporación en el año 2.006 de Venezuela como socio pleno.

Sin embargo, se observa que en mayor medida el MERCOSUR o alguno de sus Estados Partes celebraron acuerdos de integración con diversos actores. Entre ellos, pueden destacarse: el ACE (Acuerdo de

Complementación Económica) N° 35 entre los gobiernos de los Estados partes del MERCOSUR y la República de Chile (25 de junio de 1.996), el ACE N° 36 con Bolivia (17 de diciembre de 1.996), el Acuerdo Marco para la creación de una Zona de libre comercio MERCOSUR - Comunidad Andina de Naciones (16 de abril de 1.998), el ACE N° 39 entre Colombia, Ecuador, Perú, y Venezuela (miembros de la CAN) y Brasil (12 de agosto de 1.999), el ACE N° 48 entre la Argentina y Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela - miembros de la CAN - (29 de junio de 2.000); el ACE N° 54 entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados partes del MERCOSUR (5 de julio de 2.002); el ACE N° 56 entre la Comunidad Andina y el MERCOSUR para la formación de un Área de Libre Comercio Sudamericana - ALCSA - (6 de diciembre de 2.002); el ACE N° 58 entre Perú y el MERCOSUR (25 de agosto de 2.003); el Acuerdo Marco para la creación de un área de libre comercio entre el MERCOSUR y la República de Sudáfrica (15 de diciembre de 2.000); el Acuerdo Marco entre el MERCOSUR y la India (17 de junio de 2.003) y el Acuerdo preferencial de comercio entre el MERCOSUR y la India (25 de enero de 2.004).²⁴

En la XXVI Cumbre de Presidentes del MERCOSUR, celebrada en Puerto Iguazú el 8 de julio de 2.004 se logró la aprobación de la solicitud de México y Venezuela para adherirse como Estados Asociados al MERCOSUR, sumándose a Chile, Bolivia y Perú. En el caso de México, la incorporación se llevará a cabo recién cuando se logre un acuerdo de libre comercio con los países miembros del bloque. Y en el caso de Venezuela, se establecía que su adhesión sería efectiva cuando el acuerdo fuera oficialmente aprobado por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

Asimismo el MERCOSUR interviene en los foros de negociación del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y entabla negociaciones con la Unión Europea (UE) para lograr una asociación inter-bloque y,

²⁴ Fuente: página oficial del Mercosur: www.mercosur.org.uy

además, participa en el proyecto de la llamada Comunidad Sudamericana de Naciones, constituida por los dos bloques comerciales sudamericanos: el MERCOSUR y la Comunidad Andina de Naciones, más Chile, Surinam y Guyana. Ello, sin perjuicio de negociar tanto con otros países como con áreas de integración en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (OMC) para la liberalización comercial multilateral.

Si bien los plazos propuestos inicialmente no se han respetado y hoy el MERCOSUR no es un Mercado Común como estaba programado, sí podemos afirmar, como lo sostiene pacíficamente la doctrina, que constituye una Unión Aduanera incompleta, y una Zona de Libre Comercio Incompleta.

El MERCOSUR actualmente implica:

- a) La constitución de una alianza estratégica política.
- b) El incremento de la competitividad empresarial en igualdad de condiciones.
- c) Internamente posibilita el acceso preferencial de los productos y servicios de cada Estado Parte en el territorio de los demás, con el consiguiente aumento de los flujos comerciales.
- d) Es un instrumento clave para la inserción de los Estados Parte en la economía internacional, a la que no tendrían acceso de pretender hacerlo en forma separada e independiente.
- e) La posibilidad de captar mayores flujos de inversiones provenientes del exterior, al convertir el espacio en un campo atractivo para el establecimiento de nuevas empresas e industrias, con el correspondiente aumento de las fuentes de trabajo.

El MERCOSUR se caracteriza por su:

- a) Gradualidad: que fija en cada etapa un conjunto reducido de proyectos integrados en todos sus aspectos, previéndose inclusive la armonización de políticas para asegurar el éxito de los proyectos y la creatividad del programa.
- b) Flexibilidad: orientada al ajuste de su alcance, ritmo y objetivos.
- c) Equilibrio: en el sentido que no debe inducir a una especialización de las

economías en sectores específicos; que debe estimular la integración intersectorial, que debe buscar el equilibrio progresivo – cuantitativo y cualitativo – del intercambio por grandes sectores y por segmentos a través de la expansión del comercio.

d) Reciprocidad: de derechos y obligaciones de los Estados Partes.

III.- b) Fundamentos, propósitos y principios:

La República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, consideraron que el proceso de integración iniciado constituye una respuesta adecuada para la aceleración de sus procesos de desarrollo económico con justicia social, mediante el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles y la coordinación de las políticas macroeconómicas.

Cabe resaltar que el objetivo de los Estados Partes es lograr la integración de América Latina y así se dispuso en el propio Tratado de Asunción el que debe ser considerado como un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina, conforme al objetivo trazado en el Tratado de Montevideo de 1.980.

El MERCOSUR constituye un acuerdo con vocación regional, en razón de -como ya se destacó- quedar abierto a la adhesión de los demás estados miembros de la ALADI. También es un acuerdo de integración económica, atento a que establece un programa de liberación comercial junto a la coordinación de políticas macroeconómicas, y un arancel externo común (A.E.C.), entre otros instrumentos de la regulación del comercio internacional.

El Ministerio de Relaciones Exteriores, Sub-Secretaría de Estado de Relaciones Económicas Internacionales, define al Mercado Común del Sur como un espacio económico sin fronteras internas producto del deseo de integración de la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay.

Nos interesa destacar que, los Estados Partes, tienen como

principales objetivos el desarrollo económico con justicia social y la inserción internacional que incentive la competitividad externa de sus integrantes, a través de la ampliación de sus mercados nacionales, y la consolidación del poder en un gran bloque económico, presupuesto sobre el que nos basaremos en la presente investigación.

III.- c) Los órganos, su naturaleza y características

Como hemos dicho, el MERCOSUR nace con un carácter netamente intergubernamental. Así se determina en el Tratado de Asunción y pese a las esperanzas puestas por los operadores jurídicos y económicos en la reunión que tendría lugar unos años más tarde en Ouro Preto - ciudad en la que se aprueba el Protocolo sobre estructura institucional - el sistema no fue modificado.

Por el contrario, se ratifica su calidad intergubernamental enumerando los órganos que integran la estructura, delimitando con mayor precisión las funciones que competen a cada cual. En este instrumento jurídico se aclara nuevamente, que la estructura institucional sería objeto de revisión cuando lo juzguen oportuno los Estados Partes.

En el MERCOSUR hay tres órganos principales, que se encuentran habilitados para emitir o aprobar normas (derecho derivado), todos ellos de carácter intergubernamental. El *Consejo del Mercado Común (CMC)*, integrado por los Cancilleres y los Ministros de Economía; el *Grupo Mercado Común (GMC)*, conformado por funcionarios de alto nivel de los dos ministerios citados y del Banco Central, y que es la institución sobre la que recae la mayor parte de la tarea de adopción de medidas comunes; y la *Comisión de Comercio del Mercosur (CCM)*, igualmente integrada con representantes gubernamentales, que celebra reuniones mensuales y cuyas funciones están más directamente relacionadas con los aspectos comerciales del proyecto. Estos tres órganos tienen la facultad de dictar disposiciones (Decisiones del CMC, Resoluciones emanadas del GMC y Directivas adoptadas por la CCM) que son obligatorias para los Estados

Partes.²⁵

Del GMC dependen Subgrupos de Trabajo (SGTs) y varios Grupos Ad Hoc para temas especiales, que realizan las tareas técnicas preparatorias con la finalidad de elevar propuestas de disposiciones.

La CCM cuenta, por su parte, con Comités Técnicos (CTs) que también preparan trabajos y hacen el seguimiento de los compromisos acordados en temas comerciales. Este diseño institucional del MERCOSUR ha tenido la ventaja de involucrar a funcionarios de casi todas las áreas de gobierno, lo que ha permitido difundir ampliamente la problemática de la integración en las respectivas Administraciones Nacionales.

Otros tres órganos integran la estructura institucional, pero sin facultades normativas, ellos son: la *Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC)* de carácter consultivo, el *Foro Consultivo Económico y Social (FCES)* también de naturaleza consultiva, que se encuentra integrado por nueve (9) delegados por país que representan a los empresarios, los trabajadores, y las asociaciones de consumidores; y la *Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM)* con sede en Montevideo, que tiene funciones meramente administrativas y es una unidad muy pequeña, no llegando a tener treinta (30) funcionarios.

Es importante señalar que tanto en las tres instituciones que dictan medidas como en los foros auxiliares de carácter técnico que las preparan, todas las decisiones que se toman requieren el consenso de los representantes o delegados de los países.

Esto implica acordar a todos los países un derecho de veto, lo cual si bien puede justificarse por el reducido número de miembros del MERCOSUR y por la dificultad de establecer sistemas de votación (igualitarios o ponderados), redundando en dificultades para alcanzar acuerdos por el peso que asumen los distintos intereses nacionales.

²⁵ CZAR de ZALDUENDO, Susana: "La institucionalización de los acuerdos regionales..." ob. cit.

III.- d) Posibles causas de la estructura adoptada:

La doctrina afanosamente ha intentado encontrar las razones que han llevado a los países del MERCOSUR a evitar instituir órganos que tengan cualquier rasgo de supranacionalidad y a no diseñar una organización muy compleja o de mucho costo.

Asimismo, han analizado la dicotomía existente entre instituciones supranacionales e intergubernamentales. En este sentido se discute si la supranacionalidad de los órganos depende de su integración, de su constitución con personas independientes de los gobiernos (es decir, cuando sus miembros no reciben ni solicitan instrucciones a las autoridades nacionales); o si está vinculada a la facultad de aprobar normas obligatorias para los Estados sin el consentimiento de éstos. Según esta última posición un órgano que tome decisiones por mayoría podría ser calificado de supraestatal, aun estando conformado por funcionarios nacionales que cumplen instrucciones.²⁶

Cabe también recordar que en Europa la cuestión de la "supranacionalidad" (que aparece por primera vez en el Tratado de París que dio nacimiento a la Comunidad Europea del Carbón y del Acero) estuvo vinculada al tema político de la "federación" y que, como han señalado Keohane y Hoffmann, "es raramente mencionada en la literatura reciente en Europa, salvo con desdén, habiendo sufrido falsas y estereotipadas interpretaciones a través de los años".²⁷ Estos autores señalan, sin embargo, que el reforzamiento del compromiso de integración para perfeccionar el mercado interior, y la ampliación de la posibilidad de adoptar decisiones por mayoría y no por unanimidad que representó en 1.987 el Acta Única Europea, implicaron un renacimiento de modalidades supranacionales.

Los especialistas sostienen que la fuerte "intergubernamentalidad" del

²⁶ Ver ZELADA CASTEDO, Alberto: "Derecho de la Integración Económica Regional", BID-INTAL, Buenos Aires, 1.989, p. 96.

²⁷ KEOHANE, Robert y HOFFMANN, Stanley: "Community Politics and Institutional Change" en William Wallace (edit), The Dynamics of European Integration, The Royal Institute of International Affairs, London, 1.990, p. 280.

MERCOSUR parece responder principalmente a dos causas: algunas experiencias latinoamericanas de décadas anteriores y las preocupaciones presupuestarias de los gobiernos nacionales.

1) Las experiencias latinoamericanas anteriores:

Se estima que los constructores del MERCOSUR tomaron en cuenta dos antecedentes, categorizados o considerados (con razón o sin ella) como no exitosos, de organización compleja diseñada para llevar adelante procesos de integración en América Latina, como ser el Grupo Andino y el de ALALC-ALADI. Por distintos motivos respecto de cada uno de ellos, los negociadores del MERCOSUR sintieron la necesidad de diferenciarse de esas experiencias.

El Grupo Andino (posteriormente Comunidad Andina) se apoyó en el modelo europeo estableciendo en su estructura institucional un órgano supranacional (la Junta del Acuerdo de Cartagena, hoy Secretaría General), y creando pocos años después un Tribunal de Justicia.

Sin embargo, esa institucionalización no pareció facilitar avances rápidos o sostenidos hacia los objetivos fijados en Cartagena. No pudo concretarse la vigencia de un arancel externo común y, por otra parte, la armonización de importantes ámbitos de la legislación económica, en especial sobre inversiones extranjeras y tecnología por medio de "regímenes comunes", tuvo que ser revertida, dejando a los Países Miembros en libertad de establecer reglas propias en esas materias.

Se creó así la impresión que instituciones fuertes no implican una garantía para lograr desarrollos importantes en la integración. Debe indicarse, sin embargo, que el proceso andino está actualmente en una etapa de revitalización - al menos entre algunos de sus integrantes - y que ello ha respondido principalmente al impulso dado por reuniones presidenciales que se iniciaron en 1.989.

En cuanto a la ALALC (nacida en 1.960) y su sucesora la ALADI, Asociación Latinoamericana de Integración, creada por el Tratado de Montevideo de 1.980, se ha cuestionado su tamaño y el costo de su

estructura.

Su organización consta, entre otros órganos, de un Comité Permanente de Representantes integrado por Delegaciones de los doce (12) Países Miembros, cada una de ellas formada por un Embajador y personal diplomático y de apoyo. Además la Secretaría General, que funciona en Montevideo y cumple funciones técnicas, tiene personal profesional y administrativo en cantidad que, para muchos de los países integrantes, es desmedida con relación a las tareas que desarrolla y a los servicios que presta esa Secretaría.

El temor de "aladizar" el MERCOSUR ha llevado a los Estados Partes a tener una actitud reacia a todo lo que sea mantener entidades permanentes, dotadas de gran número de personal. Ya se indicó anteriormente que la Secretaría Administrativa del MERCOSUR está formada por menos de treinta (30) funcionarios y, por otra parte, solamente su Director General goza de *status* diplomático.

La doctrina consideró desmedida la resistencia a dotar a la Secretaría Administrativa de funciones técnicas o a designar un cuerpo de expertos que, operando en la Secretaría o fuera de ella, realice tareas técnicas teniendo en vista el avance del MERCOSUR como un todo y resguardando el interés común, trabajo que no pueden cumplir los foros técnicos actuales (SGTs, CTs, etc.) porque en ellos están representados los distintos intereses nacionales. Uruguay ha presentado formalmente un proyecto de Secretaría Técnica, pero no encontró el consenso de los demás países para crearla.

El tema de contar con un cuerpo de expertos u órgano técnico que realice tareas teniendo en vista el avance del MERCOSUR en su conjunto y el resguardo del interés común, también ha registrado cambios significativos. En febrero de 2.002 se aprobó una Decisión del Consejo bajo la denominación de "fortalecimiento institucional" (Dec. Nº 1/02) en la que se ordenaba analizar la estructura y la interacción de los órganos así como examinar mecanismos para la conformación de una "asesoría técnica".

Pocos meses después, en junio de 2.002, esa iniciativa avanzó y una

nueva Decisión del Consejo (Dec. N° 16/02) dispuso que se iniciaran los trabajos para la transformación de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR (SAM) en una "Secretaría Técnica". Por último, la Decisión del Consejo 30/02 y, posteriormente, la Resolución del Grupo Mercado Común 1/03, han implementado la creación de un Sector de Asesoría Técnica en la Secretaría Administrativa del Mercosur, cuyos cuatro miembros (dos abogados y dos economistas) han sido seleccionados por medio de un riguroso concurso internacional.

2) La preocupación presupuestaria:

Otro de los lineamientos que tuvieron en cuenta los negociadores al establecer la estructura institucional, estuvo relacionado con la intención de no incurrir en grandes gastos para administrar el proyecto de integración. La circunstancia de tener los Estados Partes déficits crónicos presupuestarios y de estar embarcados en programas para lograr equilibrar sus respectivos presupuestos, ha influido fuertemente en la disponibilidad de recursos para mantener la estructura institucional del MERCOSUR.

El único presupuesto común que se ha establecido es el de la Secretaría Administrativa (SAM), el cual se integra con aportes de los Estados, efectuados en partes iguales por todos ellos.

El tema de la puesta en común de recursos para costear el funcionamiento de la SAM, comenzó a fines de 1.995, sin embargo el primer presupuesto aprobado y ejecutado correspondió al año 1.997. Además, se fijaron montos básicos para ese primer presupuesto que permitieran garantizar las "funciones mínimas" que debía cumplir la SAM, pero en los años subsiguientes se mantuvieron las mismas cantidades.

En diciembre de 1.995 se creó un grupo especial que presentó varias alternativas de presupuesto, de entre las cuales se optó por la de menor costo. En junio de 1.996, por Resolución 67/96 se aprobó la estructura inicial básica de la SAM y su presupuesto, que comenzó a implementarse en 1.997, conforme surge de las Actas de las Reuniones Ordinarias N° XX, XXI y XXII del Grupo Mercado Común.

III.- e) El Protocolo de Ouro Preto:

Aspectos Generales:

Los Estados Partes, reafirmando los principios y objetivos del Tratado de Asunción, y atentos a la necesidad de adaptar la estructura institucional del MERCOSUR que fuera elaborada para el período de transición a las transformaciones ocurridas, acuerdan la sanción del Protocolo de Ouro Preto, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 18 del Tratado de Asunción.

Artículo 18: *“Antes del establecimiento del Mercado Común, el 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes convocarán a una reunión extraordinaria con el objeto de determinar la estructura institucional definitiva de los órganos de administración del Mercado Común, así como las atribuciones específicas de cada uno de ellos y su sistema de adopción de decisiones”.*

Como se dijo, el Protocolo de Ouro Preto reafirma que el objetivo primordial del MERCOSUR es la construcción de un mercado común, para lo cual es etapa previa imprescindible el perfeccionamiento y plena puesta en marcha de la unión aduanera.

En su artículo 48 dispone que entrará en vigor 30 días después de la fecha del depósito del tercer instrumento de ratificación, siendo depositarios de los mismos el Gobierno de la República del Paraguay.

El Protocolo de Ouro Preto es parte integrante del Tratado de Asunción por cuanto rigen como un todo las normas establecidas en materia de adhesión o denuncia.

La Personalidad Jurídica del MERCOSUR:

En un escueto artículo 34 – Capítulo II – se establece un tema de tanta trascendencia como lo es la consideración, la adopción de la personalidad jurídica para el nuevo espacio integrado, cuya titularidad es ejercida por el Consejo Mercado Común.

Así, el artículo citado dispone: *“El Mercosur tendrá personalidad*

jurídica del Derecho Internacional”.

Ello representa o implica su imagen y presencia, frente al resto de las naciones del mundo. El MERCOSUR entonces, no es solamente un área integrada para los países que lo conforman, sino que además posee personalidad jurídica para actuar en bloque, y enfrentar, encarar sus relaciones con los terceros países, posibilitando la negociación y celebración de acuerdos comerciales.

III.- f) La Estructura Orgánica:

La estructura institucional, funciones de los órganos, la toma de decisiones, de la región fue considerada y establecida a través de 33 artículos agrupados en seis secciones integrantes del Capítulo I del Protocolo.

Así se establece que los órganos de la región son los siguientes:

El Consejo del Mercado Común (CMC).

El Grupo Mercado Común (GMC).

La Comisión de Comercio del Mercosur (CCM).

La Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC).

El Foro Consultivo Económico – Social (FCES).

La Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM).

Los órganos que poseen capacidad decisoria son el Consejo Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur. Estos órganos son de naturaleza intergubernamental es decir que ellos representan a los gobiernos de los Estados Partes debiendo encontrarse todos presentes al momento de tomar sus decisiones por consenso, conforme se establece en el artículo 37 que dispone:

“Las decisiones de los órganos del Mercosur serán tomadas por concenso y con la presencia de todos los Estados Partes”.

Se establece asimismo la posibilidad de crearse órganos auxiliares si ellos fueran necesarios para la consecución de los objetivos del proceso de integración.

Así se han creado y desarrollado catorce reuniones de Ministros, nueve reuniones especializadas, diecinueve sub-grupos de trabajos (SGTs), y grupos Ad Hoc, siete comités técnicos (CTs.) de la Comisión de Comercio del Mercosur.

En 1.998 se crea el Foro de Consulta y Concertación Política (FCCP) que aglutina especialmente a las reuniones de Ministros competentes en temas no comerciales (Educación, Salud, etc.).

Como ya fuera referido, en el año 2.002/2.003 se amplió un Sector de Asesoría Técnica de la Secretaría Administrativa del Mercosur y en el año 2.003 se creó una Comisión de Representantes Permanentes del MERCOSUR (CRPM) que se encuentra integrada por un miembro representante de cada país y un presidente.

Órganos con Capacidad decisoria:

En su artículo segundo del Protocolo de Ouro Preto, establece que los órganos con capacidad decisoria de naturaleza intergubernamental son: El Consejo de Mercado Común, el Grupo de Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur.

El Consejo Mercado Común:

Es el órgano superior que tiene a su cargo la conducción política del MERCOSUR y al que le incumben la toma de decisiones para el logro de los objetivos de la región y alcanzar la constitución del mercado común. Está integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y por los Ministros de Economía – o sus equivalentes – de los Estados Parte, ejerciéndose la presidencia del Consejo en forma rotativa por períodos de seis meses. Se pronuncia mediante Decisiones las que son obligatorias para los Estados Partes.

El Consejo del Mercado Común está facultado para reunirse todas las veces que lo considere necesario, debiendo hacerlo al menos una vez por semestre con la participación de los Presidentes de los Estados Partes,

también pueden ser invitados a participar en ellas otros Ministros o autoridades de nivel ministerial.

Entre las principales funciones del Consejo se encuentran:

- Velar por el cumplimiento del Tratado de Asunción y de los Protocolos y Acuerdos firmados en su marco y formular la política necesaria para la conformación del mercado común.
- Ejercer la titularidad de la Personalidad Jurídica del MERCOSUR. Negociar y firmar acuerdos en nombre del MERCOSUR con los terceros países, grupos de países y organismos internacionales.
- Crear los órganos que estime pertinentes, así como modificarlos o suprimirlos.
- Homologar el Reglamento Interno del Grupo Mercado Común.

El Grupo Mercado Común

Es el órgano ejecutivo del MERCOSUR, estando su coordinación a cargo de los Ministerios de Relaciones Exteriores, se reúne de manera ordinaria o extraordinaria tantas veces como resulte necesario. Se pronuncia mediante Resoluciones las que son obligatorias para los Estados Partes.

Está integrado por cuatro miembros titulares y cuatro alternos por cada país entre los que deben constar obligatoriamente representantes de los Ministerios de Economía o equivalentes, y de los Bancos Centrales, pudiendo convocar a representantes de otros órganos de la Administración Pública o de la propia estructura del MERCOSUR, cuando lo considere conveniente .

Las funciones y atribuciones del Grupo Mercado Común están determinadas en el artículo 14 del Protocolo de Ouro Preto encontrándose entre otras, las siguientes:

- Velar por el cumplimiento del Tratado de Asunción, los Protocolos y acuerdos firmados en su marco, fijando además los programas de trabajo que aseguren avances para el establecimiento del mercado común.
- Proponer proyectos de Decisión al Consejo del Mercado Común y tomar

las medidas necesarias para el cumplimiento de las Decisiones de dicho órgano.

- Adoptar Resoluciones en materia financiera y presupuestaria. Aprobar el Presupuesto y la rendición de cuentas anual presentada por la Secretaría Administrativa del Mercosur.
- Elegir al Director de la Secretaría Administrativa y supervisar las actividades de ese órgano.
- Crear, modificar o suprimir órganos necesarios para el cumplimiento de sus objetivos, tales como subgrupos de trabajo y reuniones especializadas.
- Homologar los Reglamentos Internos de la Comisión de Comercio y del Foro Consultivo Económico – Social.
- Por delegación expresa del Consejo Mercado Común y cuando se le confiera mandato expreso podrá (dentro de los límites establecidos) negociar y firmar acuerdos en nombre del MERCOSUR con terceros países, grupos de países y organismos internacionales.
- Podrá delegar los referidos poderes a la Comisión de Comercio cuando haya sido autorizado por el CMC.

Del GMC dependen Subgrupos de Trabajo (SGTs) y varios Grupos Ad Hoc para temas especiales, que realizan las tareas técnicas preparatorias con la finalidad de elevar propuestas de disposiciones.

La Comisión de Comercio del MERCOSUR:

Es el órgano encargado de asistir al Grupo Mercado Común, estando integrada por cuatro miembros titulares y cuatro alternos por cada Estado parte, es coordinada por los Ministerios de Relaciones Exteriores.

Debe reunirse siempre que lo convoque el Grupo Mercado Común o cualquiera de los Estados Partes, pero al menos deberá hacerlo una vez al mes. Se pronuncia mediante Directivas - las que son obligatorias para los Estados Partes- o Propuestas.

Su principal función es la de velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados para el funcionamiento

de la unión aduanera y efectuar el seguimiento, control y revisión de los temas y materias relacionados con las políticas comerciales intra-MERCOSUR y con los terceros países y organismos internacionales. En consecuencia, podemos destacar entre otras funciones:

- Desempeñar tareas vinculadas a la política comercial común que le solicite el GMC.
- Adoptar su Reglamento Interno, que debe ser sometido para su homologación al GMC.
- Considerar y pronunciarse sobre las solicitudes de los Estados Partes respecto a la aplicación y cumplimiento del arancel externo común y demás instrumentos de política comercial común, efectuando el seguimiento de su aplicación en los Estados Partes.
- Proponer al GMC modificaciones, o nuevas normas en materia comercial y Aduanera en el MERCOSUR.
- Proponer la revisión de las alícuotas arancelarias de ítem específicos del AEC.
- Establecer los Comités técnicos necesarios para el adecuado cumplimiento de sus funciones, dirigiendo y supervisando sus actividades.
- Considerar las reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, previstas en el Protocolo de Brasilia, cuando estuvieran en el ámbito de su competencia.

La CCM cuenta, por su parte, con Comités Técnicos (CTs) que también preparan trabajos y hacen el seguimiento de los compromisos acordados en temas comerciales.

Órganos Consultivos:

La Comisión Parlamentaria Conjunta:

Es el órgano representativo de los Parlamentos de los Estados Partes en el ámbito del MERCOSUR, compuesta por 64 legisladores (16 por país), designados por los respectivos Parlamentos nacionales de conformidad a sus procedimientos internos, que puede presentar recomendaciones por

iniciativa propia.

Se expide a través de Recomendaciones que son remitidas al CMC por intermedio del GMC. Deberá adoptar, además, su propio reglamento interno.

Su función esencial es la de acelerar los procedimientos internos correspondientes en los Estados Parte para posibilitar la pronta entrada en vigor de las decisiones, resoluciones y directivas; como así también coadyuvar en la armonización de las legislaciones conforme lo requiera el avance del proceso de integración.

Asimismo el CMC solicitará a la Comisión Parlamentaria Conjunta el examen de los temas prioritarios.

El Foro Consultivo Económico-Social:

Es el órgano de representación de los sectores económicos y sociales, y se encuentra integrado por igual número de representantes por cada Estado Parte. No estaba previsto en la estructura provisoria elaborada en el Tratado de Asunción, siendo creado a partir del Protocolo de Ouro Preto.

Tiene la atribución de dictar su propio Reglamento Interno, el que será sometido para su homologación al GMC. Su función es consultiva manifestándose mediante Recomendaciones que efectúa al Grupo Mercado Común.

La Secretaría Administrativa del Mercosur:

Es el órgano responsable de la prestación de servicios a los demás órganos del MERCOSUR y tiene su sede permanente en la ciudad de Montevideo.

Está a cargo de un Director que debe ser nacional de uno de los Estados Partes y que desempeñará sus funciones en forma rotativa por un período de dos años, estando prohibida su reelección. Es electo por el Grupo Mercado Común – previa consulta a los Estados Partes - y será

designado por el Consejo Mercado Común.

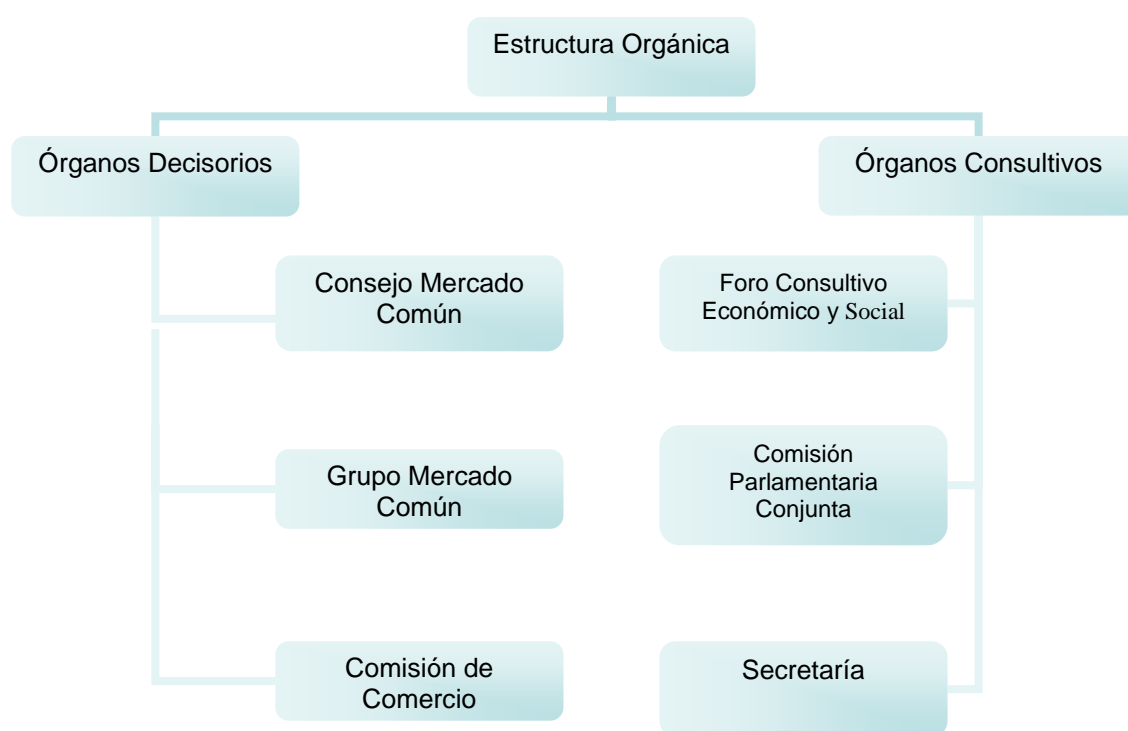
La Secretaría Administrativa del MERCOSUR, tiene a su cargo, entre otras, las siguientes actividades:

- Servir de Archivo Oficial de la documentación del MERCOSUR.
- Realizar la publicación y la difusión de las normas adoptadas, debiendo en consecuencia coordinar con los Estados Partes las traducciones auténticas - en los idiomas español y portugués-, de todas las decisiones adoptadas por los órganos de la estructura institucional del MERCOSUR y editar el Boletín Oficial del MERCOSUR.
- Informar regularmente a los Estados Partes respecto de las medidas adoptadas por cada país para incorporar las normas emanadas de los órganos con poder decisorio a sus ordenamientos nacionales.
- Registrar las listas nacionales de los árbitros y expertos, determinados por el Protocolo de Brasilia.
- Elaborar su presupuesto el que debe ser aprobado por el Grupo Mercado Común y ante quién deberá presentar anualmente su rendición de cuentas.
- Desempeñar las tareas que le sean solicitadas por el Consejo Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

El carácter técnico otorgado a la Secretaría por Decisión aprobada como MERCOSUR/CMC/DEC N° 30/02, le asignó nuevas funciones entre las que se encuentran:

- Preparar documentos de trabajo.
- Compilar informaciones y propuestas.
- Realizar relevamientos de antecedentes y/o del tratamiento de temas de interés para el bloque.
- Efectuar el seguimiento y evaluación del desarrollo del proceso de integración y elaborar informes periódicos sobre la evolución del MERCOSUR, verificando las variables importantes que lo afectan y el grado de implementación de los compromisos asumidos en el marco de la integración.

Resumimos, muy esquemáticamente la estructura orgánica del MERCOSUR en el siguiente gráfico, en el cual sólo hemos intentado resaltar, distinguir los órganos que detentan facultades decisorias, de los órganos consultivos de conformidad a lo establecido en el Protocolo de Ouro Preto, sin incluir las funciones desarrolladas por cada órgano, que ya fueron objeto de desarrollo supra.



El Parlamento

Recientemente, por Ley Nº 26.146,²⁸ se aprobó el Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR, suscripto en Montevideo — República Oriental del Uruguay el 9 de diciembre de 2.005.²⁹

²⁸ Ley Nº 26.146 fue sancionada el 27 de setiembre de 2.006, promulgada de hecho el 19 de octubre de 2.006 y publicada en el Boletín Oficial el 23 de octubre de 2.006.

²⁹ El Protocolo fue suscripto -en original en los idiomas español y portugués, siendo ambos textos igualmente auténticos- en la ciudad de Montevideo, por el Gobierno de la República Argentina, por su presidente Néstor KIRCHNER y Jorge TAIANA; por el Gobierno de la República Federativa del Brasil

El Protocolo consta de veinticuatro (24) artículos y siete (7) disposiciones transitorias, y en él los Estados Partes consideran, confían en que la instalación del Parlamento del MERCOSUR, con una adecuada representación de los intereses de los ciudadanos de los Estados Partes, significará un aporte a la calidad y equilibrio institucional del MERCOSUR, creando un espacio común en el que se refleje el pluralismo y las diversidades de la región, y que contribuya a la democracia, la participación, la representatividad, la transparencia y la legitimidad social en el desarrollo del proceso de integración y de sus normas.

El Parlamento del MERCOSUR, se constituirá como un órgano unicameral de representación de sus pueblos, independiente y autónomo e integrará la estructura institucional del MERCOSUR sustituyendo a la Comisión Parlamentaria Conjunta.

Conforme se encuentra establecido en el artículo 21, tendrá su sede en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay. Asimismo se prevé que el MERCOSUR firmará con aquel país un Acuerdo Sede que definirá las normas relativas a los privilegios, las inmunidades y las exenciones del Parlamento, de los parlamentarios y demás funcionarios, de acuerdo a las normas del derecho internacional vigentes.

Estará formado por representantes electos por sufragio universal, directo y secreto, de acuerdo con la legislación interna de cada Estado Parte y las disposiciones del presente Protocolo. La constitución del Parlamento se realizará a través de las etapas previstas en las Disposiciones Transitorias del Protocolo.

Notamos aquí que se ha producido una modificación sustancial no sólo con su antecesor inmediato sino también con los restantes órganos del

por Luiz Inácio LULA DA SILVA y Celso Luiz NUNES AMORIN; por el Gobierno de la República del Paraguay Nicanor DUARTE FRUTOS y Leila RACHID y por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay, por Tabaré VAZQUEZ y Reinaldo GARGANO. El Protocolo es parte integrante del Tratado de Asunción y entrará en vigor el trigésimo día contado a partir de la fecha en que el cuarto Estado Parte haya depositado su instrumento de ratificación. La República del Paraguay será su depositaria y de los instrumentos de ratificación y notificará a los demás Estados Partes la fecha de los depósitos de esos instrumentos, enviando copia debidamente autenticada de este Protocolo a los demás Estados Partes.

MERCOSUR, ya que se ha dejado de lado la representación intergubernamental, dando lugar a un órgano representativo de la población o ciudadanía, integrado por parlamentarios elegidos por sufragio universal, directo y secreto (artículos 5 y 6).

En las disposiciones transitorias se establecen dos etapas de transición.

- “La primera etapa de la transición” es el período comprendido entre el 31 de diciembre de 2.006 y el 31 de diciembre de 2.010. En ella el Parlamento estará integrado por dieciocho (18) parlamentarios por cada Estado Parte. Para la primera etapa de la transición, los Parlamentos nacionales, establecerán las modalidades de designación de sus respectivos parlamentarios, entre los legisladores de los Parlamentos nacionales de cada Estado Parte, designando los titulares e igual número de suplentes. La primera elección prevista en el artículo 6, inciso 4, tendrá lugar durante el año 2.014. En la primera etapa de la transición, los parlamentarios designados en forma indirecta, cesarán en sus funciones: por caducidad o pérdida de su mandato nacional, al asumir sus sucesores electos directamente; o, a más tardar, al finalizar dicha primera etapa.

- “La segunda etapa de la transición” será el período comprendido entre el 1 de enero de 2.011 y el 31 de diciembre de 2.014. Lo previsto en el artículo 5, inciso 1, relacionado con la integración del Parlamento de conformidad a un criterio de representación ciudadana, aplicable a partir de la segunda etapa de la transición, será establecido por Decisión del Consejo del Mercado Común, a propuesta del Parlamento adoptada por mayoría calificada. Dicha Decisión deberá ser aprobada, a más tardar, el 31 de diciembre de 2.007. A partir de la segunda etapa de la transición, todos los parlamentarios deberán haber sido elegidos de conformidad con el artículo 6, inciso 1 antes del inicio de la misma, pudiendo sus mandatos tener una duración diferente a la establecida en el artículo 10, por única vez.

Importa destacar que además de modificarse la forma de representación, la independencia en el funcionamiento del Parlamento está

establecida en el artículo 9 en cuanto estipula que sus miembros no estarán sujetos a mandato imperativo y actuarán con independencia en el ejercicio de sus funciones.

Los parlamentarios serán electos conjuntamente con sus suplentes, quienes los sustituirán, de acuerdo a la legislación electoral del Estado Parte respectivo, en los casos de ausencia definitiva o transitoria. Los suplentes serán elegidos en la misma fecha y forma que los parlamentarios titulares, así como para idénticos períodos.

En cuanto a la duración del mandato el artículo 10 establece que los parlamentarios tendrán un mandato común de cuatro (4) años, contados a partir de la fecha de asunción en el cargo, y podrán ser reelectos.

Por otra parte, el artículo 7 contempla la participación de los Estados Asociados al establecer que el Parlamento podrá invitar a los Estados Asociados del MERCOSUR a participar en sus sesiones públicas, a través de miembros de sus Parlamentos nacionales, con derecho a voz y sin derecho a voto.

Las importantes aspiraciones de los Estados Miembros se ponen una vez más en evidencia en los propósitos del Parlamento declarados en el artículo 2, donde se enumera:

1. Representar a los pueblos del MERCOSUR, respetando su pluralidad ideológica y política.
2. Asumir la promoción y defensa permanente de la democracia, la libertad y la paz.
3. Impulsar el desarrollo sustentable de la región con justicia social y respeto a la diversidad cultural de sus poblaciones.
4. Garantizar la participación de los actores de la sociedad civil en el proceso de integración.
5. Estimular la formación de una conciencia colectiva de valores ciudadanos y comunitarios para la integración.
6. Contribuir a consolidar la integración latinoamericana mediante la profundización y ampliación del MERCOSUR.

7. Promover la solidaridad y la cooperación regional e internacional.

A su turno se han establecido en el artículo 3 los principios que deben guiar el funcionamiento del Parlamento.

Ellos son:

1. El pluralismo y la tolerancia como garantías de la diversidad de expresiones políticas, sociales y culturales de los pueblos de la región.
2. La transparencia de la información y de las decisiones para crear confianza y facilitar la participación de los ciudadanos.
3. La cooperación con los demás órganos del MERCOSUR y ámbitos regionales de representación ciudadana.
4. El respeto de los derechos humanos en todas sus expresiones.
5. El repudio a todas las formas de discriminación, especialmente las relativas a género, color, etnia, religión, nacionalidad, edad y condición socioeconómica.
6. La promoción del patrimonio cultural, institucional y de cooperación latinoamericano en procesos de integración.
7. La promoción del desarrollo sustentable en el MERCOSUR y el trato especial y diferenciado para los países de economías menores y para las regiones con menor grado de desarrollo.
8. La equidad y la justicia en los asuntos regionales e internacionales, y la solución pacífica de las controversias.

Para el logro de sus objetivos, el Parlamento tendrá las siguientes competencias, conforme se encuentran establecidas en el artículo 4:

1. Velar en el ámbito de su competencia por la observancia de las normas del MERCOSUR.
2. Velar por la preservación del régimen democrático en los Estados Partes, de conformidad con las normas del MERCOSUR, y en particular con el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile.

3. Elaborar y publicar anualmente un informe sobre la situación de los derechos humanos en los Estados Partes, teniendo en cuenta los principios y las normas del MERCOSUR.
4. Efectuar pedidos de informes u opiniones por escrito a los órganos decisorios y consultivos del MERCOSUR establecidos en el Protocolo de Ouro Preto sobre cuestiones vinculadas al desarrollo del proceso de integración. Los pedidos de informes deberán ser respondidos en un plazo máximo de ciento ochenta (180) días
5. Invitar, por intermedio de la Presidencia Pro Tempore del CMC, a representantes de los órganos del MERCOSUR, para informar y/o evaluar, el desarrollo del proceso de integración, intercambiar opiniones y tratar aspectos relacionados con las actividades en curso o asuntos en consideración.
6. Recibir, al finalizar cada semestre a la Presidencia Pro Tempore del MERCOSUR, para que presente un informe sobre las actividades realizadas durante dicho período.
7. Recibir, al inicio de cada semestre, a la Presidencia Pro Tempore del MERCOSUR, para que presente el programa de trabajo acordado, con los objetivos y prioridades previstos para el semestre.
8. Realizar reuniones semestrales con el Foro Consultivo Económico-Social a fin de intercambiar informaciones y opiniones sobre el desarrollo del MERCOSUR.
9. Organizar reuniones públicas, sobre cuestiones vinculadas al desarrollo del proceso de integración, con entidades de la sociedad civil y los sectores productivos.
10. Recibir, examinar y en su caso canalizar hacia los órganos decisorios, peticiones de cualquier particular de los Estados Partes, sean personas físicas o jurídicas, relacionadas con actos u omisiones de los órganos, del MERCOSUR.

11. Emitir declaraciones, recomendaciones e informes sobre cuestiones vinculadas al desarrollo del proceso de integración, por iniciativa propia o a solicitud de otros órganos del MERCOSUR.

12. Con el fin de acelerar los procedimientos internos correspondientes de entrada en vigor de las normas en los Estados Parte, el Parlamento elaborará dictámenes sobre todos los proyectos de normas del MERCOSUR que requieran aprobación, legislativa en uno o varios Estados Parte, en un plazo de noventa días (90) de efectuada la consulta. Dichos proyectos deberán ser enviados al Parlamento por el órgano decisorio del MERCOSUR, antes de su aprobación.

Si el proyecto de norma del MERCOSUR es aprobado por el órgano decisorio, de conformidad con los términos del dictamen del Parlamento, la norma deberá ser remitida por cada Poder Ejecutivo nacional al Parlamento del respectivo Estado Parte, dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) días, contados a partir de dicha aprobación.

En caso que la norma aprobada no estuviera en conformidad con el dictamen del Parlamento, o si éste no se hubiere expedido en el plazo establecido, la misma seguirá su trámite ordinario de incorporación.

Se prevé que los Parlamentos nacionales, deberán adoptar las medidas necesarias para la instrumentación o creación de un procedimiento preferencial para la consideración de las normas del MERCOSUR que hayan sido adoptadas de conformidad con los términos del dictamen del Parlamento, estableciéndose que el plazo máximo de duración del procedimiento será de hasta ciento ochenta (180) días corridos, contados a partir del ingreso de la norma al respectivo Parlamento nacional.

Si dentro del plazo de ese procedimiento preferencial, el Parlamento del Estado Parte rechaza la norma, ésta deberá ser reenviada al Poder Ejecutivo para que la presente a la reconsideración del órgano correspondiente del MERCOSUR.

Observamos que a pesar de la creación del denominado “procedimiento especial”, el mecanismo adoptado dista mucho de la aplicación directa de la norma comunitaria vigente en la Unión Europea.

13. Proponer proyectos de normas del MERCOSUR para su consideración por el Consejo del Mercado Común, el que deberá informar semestralmente sobre su tratamiento.

14. Elaborar estudios y anteproyectos de normas nacionales, orientados a la armonización de las legislaciones nacionales de los Estados Partes, los que serán comunicados a los Parlamentos nacionales a los efectos de su eventual consideración.

15. Desarrollar acciones y trabajos conjuntos con los Parlamentos nacionales, con el fin de asegurar el cumplimiento de los objetivos del MERCOSUR, en particular aquellos relacionados con la actividad legislativa.

16. Mantener relaciones institucionales con los Parlamentos de terceros Estados y otras instituciones legislativas.

17. Celebrar, en el marco de sus atribuciones, con el asesoramiento del órgano competente del MERCOSUR, convenios de cooperación o de asistencia técnica con organismos públicos y privados, de carácter nacional o internacional.

18. Fomentar el desarrollo de instrumentos de democracia representativa y participativa en el MERCOSUR.

19. Recibir dentro del primer semestre de cada año un informe sobre la ejecución del presupuesto de la Secretaría del MERCOSUR del año anterior.

20. Elaborar y aprobar su presupuesto e informar sobre su ejecución al Consejo de Mercado Común dentro del primer semestre del año posterior al ejercicio.

21. Aprobar y modificar su reglamento interno.

22. Realizar todas las acciones que correspondan al ejercicio de sus competencias.

Las reuniones del Parlamento y de sus Comisiones podrán iniciarse con la presencia de al menos un tercio (1/3) de sus miembros, en el que

estén representados todos los Estados Partes y cada parlamentario tendrá derecho a un (1) voto (artículo 18).

Con respecto al sistema de adopción de decisiones, se establece que el Parlamento adoptará sus decisiones y actos por mayoría simple, absoluta, especial o calificada. Para la mayoría simple se requerirá el voto de más de la mitad de los parlamentarios presentes, para la mayoría absoluta se requerirá, el voto de más de la mitad del total de los miembros, para la mayoría especial se requerirá el voto de los dos tercios del total de los miembros del órgano, que incluya a su vez a parlamentarios de todos los Estados Partes, y para la mayoría calificada se requerirá el voto afirmativo de la mayoría absoluta de integrantes de la representación parlamentaria de cada Estado Parte.

El Parlamento establecerá en su Reglamento Interno las mayorías requeridas para la aprobación de los distintos asuntos.

Constituye un avance importante el hecho que se hayan considerado a las nuevas formas de comunicación a través de medios electrónicos. Así se acordó que el Reglamento Interno establecerá la posibilidad que el Parlamento, en circunstancias excepcionales, pueda sesionar y adoptar sus decisiones y actos a través de medios tecnológicos que permitan reuniones a distancia (art. 18.3).

A su turno se estipula en el artículo 19 que son actos del Parlamento los dictámenes, los proyectos de normas, los anteproyectos de normas, las declaraciones, las recomendaciones, los informes y las disposiciones.

El Parlamento podrá solicitar opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión (artículo 13).

En lo que respecta a su organización el Parlamento contará con una Mesa Directiva, encargada de la conducción de los trabajos legislativos y de sus servicios administrativos. Estará compuesta por un Presidente, y un Vicepresidente de cada uno de los demás Estados Partes, de acuerdo a lo que establezca el Reglamento Interno. Será asistida por un Secretario Parlamentario y un Secretario Administrativo.

El mandato de los miembros de la Mesa Directiva será de 2 (dos) años, pudiendo sus miembros ser reelectos por una sola vez. En caso de ausencia o impedimento temporario, el Presidente será sustituido por uno de los Vicepresidentes, de acuerdo a lo que establezca el Reglamento Interno.

Los requisitos y las incompatibilidades para el ejercicio de la función se establecen en el artículo 11 y en el artículo 12 se detallan las prerrogativas e inmunidades de los parlamentarios.

El Parlamento contará con una Secretaría Parlamentaria y una Secretaría Administrativa, las que funcionarán con carácter permanente en la sede del Parlamento.

Se prevé que el Parlamento constituirá comisiones permanentes y temporarias, que contemplen la representación de los Estados Partes, cuya organización y funcionamiento serán establecidos en el Reglamento Interno.

El personal técnico y administrativo del órgano estará integrado por ciudadanos de los Estados Partes y será designado por concurso público internacional y tendrá estatuto propio, con un régimen jurídico equivalente al del personal de la Secretaría del MERCOSUR. A este respecto una cuestión importante es la atribución de competencia al Tribunal Administrativo Laboral del MERCOSUR para entender en los conflictos en materia laboral que se susciten con personal.

El Parlamento se reunirá en sesión ordinaria al menos una vez por mes (artículo 17), pero podrá ser convocado a sesiones extraordinarias a solicitud del Consejo del Mercado Común o a requerimiento de Parlamentarios, de acuerdo a lo que establezca el Reglamento Interno. Todas las reuniones del Parlamento y de sus Comisiones serán públicas, salvo aquéllas que sean declaradas de carácter reservado.

III.- g) El MERCOSUR Hoy:

A poco más de diez años de haberse aprobado, las modificaciones producidas en el lapso transcurrido desde entonces, aunque no son

menores, lejos están de poder ser calificadas de sustanciales.³⁰ Una referencia a los cambios más significativos conduce a destacar principalmente los hechos acaecidos en el período que abarca los años 2.003 y 2.004. Las innovaciones operan desde tres ámbitos diferentes: el administrativo, el legislativo y el jurisdiccional.

En el ámbito administrativo

A partir de 2.002, el MERCOSUR emprendió un proceso de saneamiento y racionalización con la finalidad última de dotar al bloque de legitimidad institucional. Marco primario para encarar esa tarea, fue la Secretaria Administrativa (SAM), convirtiéndola en Secretaría Técnica (ST) de conformidad con la propuesta del Canciller uruguayo Didier Opertti Badán. A ese efecto se llevó a cabo un concurso público para designar a los funcionarios que asumirían en calidad de asesores técnicos de dicho organismo.³¹

Bien puede destacarse este paso entre los *avances* del esquema considerando que se trataba de cubrir un espacio para contribuir a la consolidación del bloque. El carácter “técnico” adquirido por la Secretaría vino a llenar el sitio y los integrantes de la Asesoría - dos especialistas en derecho internacional y derecho de la integración y dos especialistas en economía internacional - prestan asesoramiento y apoyo técnico a los demás órganos del bloque y cumplen más que satisfactoriamente con los mandatos previstos por la normativa que determina sus atribuciones.³² En

³⁰ Acerca de las modificaciones pergeñadas en el curso del año 2003, ver DREYZIN DE KLOR, Adriana: “El MERCOSUR en el 2003”, *DeCITA*, N° 1, 2.004, pp. 439-442. Asimismo, en el Primer Informe (nota 30), p. 10, se señala que “la perspectiva de conmemoración de los diez años del Protocolo de Ouro Preto suscita un esfuerzo de prospección capaz de servir, al mismo tiempo, como balance de la dinámica institucional y como evaluación de las posibilidades de reforma”. Agrega seguidamente, que entre los escenarios que se presentan, uno radica en que a través de Decisiones del CMC complementadas por Resoluciones del GMC, la realidad institucional del bloque superó largamente la estructura orgánica prevista en 1.994

³¹ La iniciativa se plasmó en una Decisión aprobada como MERCOSUR/CMC/DEC N° 30/02 en la cual, al establecer la necesidad de avanzar en el fortalecimiento de la estructura de este emprendimiento regional, se proyecta la creación de un área específica de Asesoría Técnica.

³² Entre dichas tareas se destacan: preparar documentos de trabajo, compilar informaciones y propuestas, realizar relevamientos de antecedentes y/o del tratamiento de temas de interés para el bloque, efectuar el seguimiento y evaluación del desarrollo del proceso de integración y elaborar

función de las tareas encomendadas, se inscribe la elaboración del *Primer Informe Semestral de la Secretaría del MERCOSUR*³³. Además de efectuar un diagnóstico del bloque, se identifican en el documento, las carencias que afectan al esquema, las lagunas normativas que deben cubrirse y las dificultades específicas del proceso, abordando asimismo, temas de interés común y efectuando propuestas desde la perspectiva regional, en orden a acciones a seguir por los órganos con poder de decisión. La tarea de la Secretaría Técnica abarca la realización de estudios en cuyo interés está alineado el esquema teniendo en cuenta lo actuado en el bloque como así también en otras experiencias de integración regional que pueden resultar útiles al proceso subregional.

Ahora bien, al carecer MERCOSUR de supranacionalidad, las decisiones que se adoptan responden a la voluntad política expresada por los gobiernos de los Estados Parte. Sin embargo, y pese a los antecedentes, la atención dispensada a la designación de los consultores no sufrió ningún tipo de ingerencias. Pese a ciertos temores relacionados con eventuales influencias políticas en el proceso de selección en esta oportunidad se obró con una transparencia digna de destacar ya que, cumpliendo los lineamientos establecidos, se llamó a concurso dándose amplia publicidad de las bases con suficiente antelación.³⁴

También en el ámbito de la administración del proceso, otro hecho con especiales aristas es la creación del “segundo órgano permanente del MERCOSUR”: la Comisión de Representantes Permanentes (CRPM). Durante la Cumbre celebrada en Montevideo el 16 de diciembre de 2.003, se procedió a la elección de su presidente, quien independientemente de su

informes periódicos sobre la evolución del MERCOSUR, verificando las variables importantes que lo afectan y el grado de implementación de los compromisos asumidos en el marco de la integración.

³³ *Primer Informe Semestral de la Secretaría del MERCOSUR – Un foco para el Proceso de Integración Regional*, Montevideo, Julio 2.004

³⁴ El proceso de selección se realizó con la máxima imparcialidad observándose en un todo las reglas aprobadas, receptando evaluaciones escritas anónimas y entrevistas – con cada candidato en particular y en forma individual - acotadas a los temas científicos comprendidos en el programa.

nacionalidad, ha sido “la primer cara visible” del bloque”.³⁵ En la XXV Reunión del CMC, resultó elegido para el cargo el ex presidente de Argentina, Eduardo Duhalde. Esta elección tiene su origen en la propuesta formulada por el presidente de Uruguay Jorge Batlle, recibiendo el apoyo de los presidentes de Brasil, Luiz Ignacio Lula da Silva y de Argentina, Néstor Kirchner.

El nuevo organismo - despegado de los intereses particulares de cada Estado - se integra por los Embajadores Permanentes de los Estados Parte del MERCOSUR acreditados ante la ALADI, y fue diseñado a efectos de fortalecer la estructura institucional. Principalmente, se advierte su función en el plano de las relaciones internacionales del bloque trabajando en mejorar la representación subregional hacia el exterior. En lo que se refiere a la representación exterior del MERCOSUR, el hecho que cada seis meses un Estado Parte distinto asuma la Presidencia del bloque, perjudica la continuidad de las negociaciones. Este hecho no pasó inadvertido por lo que la creación de un órgano permanente que represente al MERCOSUR suponía revertir tal desventaja. Empero, al no dotarlo de carácter decisorio, sus funciones pueden registrarse en el marco diplomático de MERCOSUR quedando en consecuencia, sumamente acotadas.

En el ámbito legislativo

De cara a la legitimidad de la regulación normativa³⁶, y en virtud del carácter intergubernamental del MERCOSUR, los planteos relativos a la naturaleza jurídica del derecho de la integración, a su legitimidad, su alcance y su vigencia, son temas sobre los que se han vertido un sin número de opiniones. Mucho se lo compara con el derecho comunitario; desde nuestra visión, y tal como analizaremos más adelante, tal comparación no es pertinente. Por el momento solo destacaremos que las particularidades que

³⁵ Para profundizar sobre el tema, ver WOISCHNIK, Jan: “Consolidación institucional del Mercosur”, *Diálogo Político*, 1, año XXI, 2.004, p. 161.

³⁶ Ver FERNÁNDEZ ARROYO, Diego: “Análisis comparativo entre la Unión Europea y el ALCA”, en A. OROPEZA GARCÍA (coord.) (nota 10), pp. 217 ss.

reúne el derecho del MERCOSUR no se compadecen con las del ordenamiento que la Unión Europea denomina “derecho comunitario”. Esta tipología normativa que se gesta en el antiguo continente resulta de la elaboración de órganos supranacionales con personalidad jurídica distinta a la de sus miembros, a los cuales los Estados Partes les han conferido y delegado poder legisferante y jurisdiccional de carácter supraestatal.

Registramos como un avance en el esquema la aprobación del primer Acuerdo Interinstitucional en la historia del MERCOSUR.³⁷ El documento está estrechamente vinculado al rol que la Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC) venía ejerciendo desde la puesta en marcha del proceso. No olvidemos que en el Tratado de Asunción una sola norma dedica su atención a este organismo, no reconociéndole otra facultad que la de canalizar la información de los Poderes Ejecutivos de los Estados Parte “...sobre la evolución del Mercado Común...” a los respectivos Poderes Legislativos. Así el artículo 24 de dicho tratado marco, en el Capítulo VI de “Disposiciones Finales” establece que: *“Con el objeto de facilitar el avance hacia la conformación del Mercado Común se establecerá una Comisión Parlamentaria Conjunta del MERCOSUR. Los Poderes Ejecutivos de los Estados Partes mantendrán informados a los respectivos Poderes Legislativos sobre la evolución del Mercado Común con el objeto del presente Tratado”*.

Como vimos, el Protocolo de Ouro Preto³⁸ (POP), incorpora a la CPC entre los órganos del MERCOSUR, aunque continúa sin reconocerle potestad decisoria alguna, manteniendo por tanto, la calidad consultiva que se adjudicó al dictar su primer Reglamento.³⁹ Definida como un órgano

³⁷ Aprobada el 6 de octubre de 2.003, en el marco de la Cumbre Extraordinaria del CMC celebrada en Montevideo.

³⁸ En vigor desde el 15 de diciembre de 1.995.

³⁹ A poco de entrar en vigor el Tratado de Asunción, los parlamentarios designados por los cuatro Estados Partes, celebran una primera reunión, decidiendo conformar la Comisión Parlamentaria Conjunta y dictar su Reglamento. Los puntos esenciales del documento hacen a la integración del cuerpo - sesenta y cuatro miembros, dieciséis parlamentarios por cada Estado Parte -, a las modalidades de funcionamiento - reconoce carácter consultivo, deliberativo y de formulación de propuestas - y a las atribuciones asignadas - destacándose: acompañar la marcha del proceso de integración e informar a los respectivos Congresos lo actuado, solicitar información a los órganos

representativo de los respectivos poderes legislativos, la Comisión se integra por igual número de parlamentarios de cada país, aunque el POP no se preocupó por determinar la cantidad de representantes a incorporar por Estado. Aborda en cambio, la competencia, atribuciones y deberes, facultando a la CPC a aprobar su Reglamento y eximiéndola de someterlo a los órganos decisorios, lo que no implica admitir contradicciones con los principios orientadores del esquema.

El mencionado Acuerdo Interinstitucional parecía – en la medida que se tradujera en una práctica corriente – que podía marcar un punto de inflexión en el devenir de la reglamentación jurídica mercosureña, al incluir expresamente un pacto de consulta del CMC a la CPC, traducido en “el firme compromiso” que asume el órgano superior del bloque, de elevarle los proyectos cuando se requiera la aprobación de fuentes jurídicas que en función de la materia, hacen necesaria la aprobación legislativa para su incorporación a los respectivos ordenamientos internos de los Estados Partes. La contrapartida de esta cláusula - que encierra a nuestro juicio, una significativa concesión del CMC -, es “el firme compromiso” de la CPC de “impulsar (...) una responsable labor de internalización de la normativa MERCOSUR”, con énfasis en aquella adoptada como resultado del consenso entre ambos órganos del esquema regional.

Sin embargo, aunque el Acuerdo Interinstitucional aparecía como un precedente importante para el desarrollo institucional en vistas a cubrir - aunque en mínima escala - el déficit democrático que afecta al bloque, la iniciativa no redundó en los resultados esperados.

Pronunciarnos sobre su implementación requiere previamente, efectuar un relevamiento de lo actuado con posterioridad a la firma del Acuerdo. El interrogante que deviene lógico es ¿se ha modificado el proceso de elaboración de normas jurídicas? ¿Se respeta lo plasmado en el

institucionales sobre los planes y programas de orden político, económico, social y cultural, y realizar estudios tendientes a armonizar las legislaciones de los Estados Parte-. Montevideo, 6 y 7 de diciembre de 1.991. Con posterioridad el Reglamento fue objeto de diversas reformas pudiendo consultar el que actualmente rige el organismo en [http: www.mercosur.org.uy](http://www.mercosur.org.uy)

Acuerdo? Lamentablemente, la respuesta transita por carriles no queridos pues una simple mirada retrospectiva basta para comprobar la falta de acatamiento de dicho compromiso. Esta falta de observancia es sustentada en una argumentación poco convincente cual es su falta de reglamentación. Empero, ¿actúa esta carencia como obstáculo real para implementar el Acuerdo? A la hora actual estamos más inclinados a pensar que no haberlo reglamentado es más una ventaja que un impedimento, en función de los resultados a que podría arribarse.⁴⁰ Ciertamente, en numerosas circunstancias es imprescindible proceder en tal sentido, en tanto que en otros supuestos, provoca efectos refractarios a los buscados. El análisis efectuado acerca de su posible operatividad nos conduce a aseverar la conveniencia de no reglamentar en lo inmediato el Acuerdo pues se estaría contribuyendo a trabar el accionar de ambos órganos. Tanto el CMC como la CPC se verían acotadas en su desenvolvimiento y lo que es más grave, podría no respetarse la orientación que inspira al Acuerdo.

El problema de fondo es que el documento establece una técnica de reglamentación distinta y alternativa, que flexibiliza el mecanismo rígido del esquema en vigor; es decir, que su calidad normativa constituye una técnica de *soft law*⁴¹, que si bien carece de obligatoriedad por tratarse de un compromiso, está pensado para producir efectos en la esfera jurídica del bloque. Y este es el fallo intrínseco de concepción del Acta: si los criterios fijados con carácter rígido (*hard law*), como el carácter obligatorio de las normas del derecho mercosureño derivado – establecido claramente en el Protocolo de Ouro Preto y recordado en abundante normativa de desarrollo - siguen sin cumplirse en una preocupante medida, ¿qué no sucederá con los procedimientos cuya operatividad depende de la dinámica que voluntariamente le impriman sus protagonistas?

De otro lado, el hecho de que el CMC tenga que efectuar (según

⁴⁰ Una opinión favorable a la reglamentación del Acuerdo, que la autora ya no mantiene, puede verse en DREYZIN DE KLOR, Adriana: "Hacia el Parlamento del MERCOSUR", *REDIM*, 2.003, pp. 80-88.

⁴¹ Ver ALONSO GARCÍA, Ricardo: "El *soft law* en el derecho comunitario", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Rubinzal Culzoni 2.002-2, p. 668.

explica claramente el Acuerdo) la consulta con antelación a la aprobación de la norma jurídica en elaboración y que la CPC quede habilitada para introducir las modificaciones que considere pertinentes, le estaría dando de alguna manera, un papel legisferante, extremo dudosamente compatible con el derecho originario actualmente vigente, aún cuando se acepte que la consulta en ningún caso puede ser vinculante. Claro que nada impide que no llegue a serlo como ejercicio de la costumbre, si una vez instaurado el mecanismo, la actitud que asuman los órganos signatarios del Acuerdo y el respeto que reconozcan en la práctica a las observaciones formuladas, concluya otorgando a la consulta carta de ciudadanía. De respetarse el espíritu que anima al Acuerdo, su instrumentación puede significar un avance, pero insistimos, ello está supeditado a la efectividad que los parlamentarios y el CMC le atribuyan. En cualquier caso, queda apuntado como un precedente para un necesario desarrollo del derecho mercosureño originario en una próxima reformulación. Por ahora, infelizmente, lo que se planteó teóricamente como un avance puede devenir en un retroceso en la medida en que la falta de cumplimiento de un compromiso asumido mediante un acto público termine por desprestigiar lo que, al menos en el fondo, fue una iniciativa bien intencionada.

En el ámbito jurisdiccional

El último hito que destacamos dentro del marco institucional como un *avance* en el MERCOSUR se relaciona con la entrada en vigor del Protocolo de Olivos para la solución de controversias y su Reglamento.⁴²

Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR fue aprobado por el Consejo Mercado Común en la Reunión celebrada en esa ciudad el 18 de febrero de 2.002, en vigor desde febrero de 2.004. Se encuentra reglamentado por la Decisión CMC 37/03 que

⁴² En Montevideo, durante la XXV Reunión Cumbre MERCOSUR celebrada el 15 de diciembre de 2.003, como MERCOSUR/CMC/DEC. N 37/03. Esta Decisión no requiere ser incorporada a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados Partes por reglamentar aspectos que hacen al funcionamiento de la organización del bloque.

aprueba el Reglamento general (opción de foro, opiniones consultivas) y la Decisión CMC 23/04 (procedimientos en casos excepcionales de urgencia).

El nuevo sistema ha venido a reemplazar el mecanismo instaurado por el Protocolo de Brasilia⁴³, en el marco del cual se dictaron los nueve laudos arbitrales que solucionaron los conflictos producidos en el bloque.⁴⁴

Asimismo, muchas disposiciones no han sido objeto de modificación. En efecto, no se reformó sustancialmente el ámbito de aplicación, se mantienen la primera fase de negociaciones directas entre las partes y la instancia jurisdiccional, conformada por tribunales ad hoc.

Las innovaciones introducidas en el nuevo Protocolo, alcanzan a varios institutos; aunque a nuestro juicio las innovaciones más significativas son la posibilidad de entablar opiniones consultivas y la creación de un Tribunal Arbitral de Revisión (TPR), al que se le asigna el carácter de “permanente”.⁴⁵ Así se prevé:

Artículo 19: “Disponibilidad permanente: Los integrantes del Tribunal Permanente de Revisión, una vez que aceptan su designación, deberán estar disponibles de modo permanente para actuar cuando se los convoque”.

Entre las modificaciones más importantes se destacan:

- La prerrogativa del Estado demandante para elegir un mecanismo de solución de controversias diferente al establecido para el ámbito regional (**opción de foro**); pudiendo optarse por el régimen de la Organización Mundial del Comercio (OMC) o por cualquier otro establecido en el marco de acuerdos comerciales que vinculen a las partes en el diferendo. Cabe señalar que una vez elegido un foro queda excluido el otro. La posibilidad abierta para la elección del foro ha sido criticada por considerarse que

⁴³ Este instrumento jurídico fue aprobado en la 1ª Reunión del CMC, celebrada en Brasilia el 17 de diciembre de 1991.

⁴⁴ Acerca de los laudos dictados en MERCOSUR, ver VENTURA Deisy – PEROTTI, Alejandro: “El proceso legislativo del MERCOSUR”. Montevideo, KAS, año 2004, pp. 51 ss.

⁴⁵ Protocolo de Olivos Para la Solución de Controversias en el MERCOSUR – Capítulo VII: Procedimiento de Revisión.

contribuye al debilitamiento del sistema y por dar oportunidad al *forum shopping*.

- La **eliminación de la intervención del Grupo Mercado Común** como etapa obligatoria. El Protocolo de Olivos la convierte en una faz optativa, dependiente del acuerdo de partes. Esto permite, evidentemente, acelerar la solución del diferendo.
- Se modifica el mecanismo para la designación de árbitros.
- La creación de un **Tribunal Arbitral de Revisión**, al que se le asigna el carácter de permanente. No obstante ello, tal como lo ha destacado la doctrina más autorizada, se trata más bien de un "tribunal disponible". Las partes de una controversia podrán presentar un recurso de revisión ante este tribunal contra el laudo del tribunal ad hoc, el que se limitará a las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo de dicho tribunal que actúa como un órgano de primera instancia. Cuando se trata de un arbitraje ad hoc de equidad, no podrá interponerse ningún recurso contra la decisión arbitral.
- Se introducen **procedimientos a seguir en caso de incumplimientos del laudo**, a fin de evitar la aplicación de medidas compensatorias en áreas diferentes a las del conflicto y desproporcionadas debido a la falta de reglamentación.
- Se introduce un **mecanismo de urgencia** para los casos de bienes perecederos y estacionales, y para atender situaciones de crisis en el Estado Parte importador.

Podemos afirmar que la aprobación y entrada en vigor del Protocolo de Olivos es a la vez un avance significativo y una oportunidad perdida. Constituye el reflejo del compromiso limitado que asumen los Estados partes en el MERCOSUR, una suerte de término medio entre un proceso de cooperación y uno de índole supranacional.

En cumplimiento de lo dispuesto por el Protocolo de Olivos, el 13 de

agosto de 2.004 se procedió a la instalación oficial del Tribunal Permanente de Revisión⁴⁶ en la ciudad de Asunción, quedando en ese acto inaugurada la sede en la que ejercerá sus funciones.⁴⁷

El marco político

Desde este contexto el MERCOSUR atravesó diferentes etapas siendo pilar el factor político que, al fijar las pautas para su desarrollo y continuidad, le imprime la velocidad, y en definitiva establece el ritmo que reviste el esquema; o sea, el poder político - la voluntad de los gobernantes - concita la mayor influencia en su desenvolvimiento.

En sus orígenes, el esquema se caracterizó por un claro afán integracionista plasmando tanto los propósitos que alentaban el proceso como los principios inspiradores en el Tratado fundacional, particularmente en su preámbulo. En esta línea, el principal soporte se exterioriza en los enunciados preliminares al reafirmar la "voluntad política de dejar establecidas las bases para una unión cada vez más estrecha entre sus pueblos", vocación que también se pone de relieve en oportunidad de la ratificación del instrumento originario por los Parlamentos de los cuatro países sin efectuar reserva alguna.

Recuérdese que el MERCOSUR es fruto de las negociaciones que comienzan a gestarse entre Argentina y Brasil hace dos décadas, proceso que luego se amplía a otros países. La actitud asumida por los gobiernos que comandan la experiencia regional repercute en los operadores económicos y jurídicos de manera positiva, a diferencia de lo ocurrido hasta mediados de los años ochenta. Este sentimiento favorable de los pueblos

⁴⁶ El Tribunal Permanente de Revisión está integrado por los siguientes miembros: Dr. Nicolás Eduardo Becerra (Argentina); Dr. João Grandino Rodas (Brasil); Dr. Wilfrido Fernández de Brix (Paraguay); Dr. Roberto Puceiro Ripoll (Uruguay); habiendo sido designado por consenso entre los mencionados miembros el Dr. José Antonio Moreno Ruffinelli (Paraguay), para desempeñarse como quinto árbitro. Son árbitros suplentes: Dra. Susana Czar de Zalduendo (Argentina); Dra. Nádía de Araújo (Brasil); Dr. Hugo Estigarribia Gutiérrez (Paraguay) y Dr. Ricardo Olivera (Uruguay).

⁴⁷ El Alto Cuerpo funcionará en el Edificio "Villa Rosalba", punto distintivo en la revolución de 1.922 y en el golpe de 1.989. Resulta paradójico que desde 1.996 fuera restaurada para servir como instalación del Tribunal Superior de Justicia Militar y que sea hoy su destino ser sede del Tribunal del MERCOSUR.

permite avizorar nuevas esperanzas en la región que se traducen en una actitud de aliento y apoyo a las negociaciones intergubernamentales, que en mucho se vincula con las circunstancias coyunturales. La llegada de la democracia a varios de los países con el afán - casi diríamos irreductible - de instalarse definitivamente, se hace palpable desde el propio inicio, esto es a partir del proceso interno de afirmación de la libertad en cada uno de los Estados involucrados, operando de acicate indispensable para continuar con las negociaciones.

A su vez, y como contrapartida, la integración regional es uno de los senderos que se intuye como pilar para el afianzamiento de la toma de conciencia de política democrática. De allí que frente al escepticismo imperante en numerosos sectores, prevaleció la ideología a favor de la integración, no quedando espacio para el debate acerca de la calidad del fenómeno como sostén recíproco de la democracia y verdadera columna de la estabilidad política. Dando mayor fuerza a estos argumentos, se suma la consideración de contemplar la integración como una vía certera para alcanzar un desarrollo sustentable con justicia social. El mundo asumía esta tendencia y Europa comienza a mostrarse como modelo paradigmático de la consolidación regional, luego de la madurez alcanzada en el período de la post guerra. En esta parte sur del continente americano, en el que no hubo guerras semejantes ¿quien se atrevería a negar que se transitó por arduos períodos de sufrimiento durante décadas en las que la falta de libertad o el avasallamiento de los derechos humanos nos arrastró por abismos insondables, al tiempo que cargábamos una penosa incertidumbre sobre tales experiencias y acerca del porvenir, siendo más grave aún, sobrevivir sumergidos en la ignorancia o la ceguera, voluntarias o involuntarias?

Estas fueron, entre otras, importantes causas que provocan aferrarnos a la integración y a creer en el compromiso que enhebran los países con el recóndito deseo que éste sea asumido como verdadero motor de cambio. Tener un socio restringe de algún modo ciertas facultades a la vez que fortalece a quienes se involucran. La adopción de políticas

unilaterales se torna dificultosa y a medida que se avanza en la asociación económica, con la incorporación de nuevos países de la región, más se *interafianza* el aspecto político.⁴⁸ Sin embargo, y retrotrayéndonos en el tiempo, el MERCOSUR no siempre se alineó en estas ideas. Antes bien, en los pocos años de vida que lleva el bloque, atravesó por muy diferentes períodos. El giro operado a nivel político a mediados de la década de los noventa con gobiernos neoliberales, opuso su resistencia, aunque no de manera declarada pero a todas luces evidente, entre otras manifestaciones, mediante el establecimiento de alianzas con Estados extrazona que echaban por tierra compromisos consensuados *ad intra* y retrasaban la aprobación de reglas indispensables o incumplían las acordadas.

Esta actitud trajo como consecuencia en el año 2.000, proceder al relanzamiento del bloque en un intento de refloatar los objetivos iniciales; no obstante esa iniciativa, no fue entonces donde se produjeron modificaciones notorias en el sentido y la velocidad requerida, aún cuando lentamente comenzó a trabajarse con lineamientos más claros a favorecer el proceso. La crisis Argentina tuvo también sus consecuencias y es a partir de mediados de 2.002 cuando los países involucrados, algunos de los cuales con nuevos gobiernos socialistas luego de las últimas elecciones, particularmente Argentina y Brasil, dan un giro que trae consigo un empuje para activar, por una parte, la asociación estratégica entre estos dos Estados, y por otra para fortalecer el bloque con las miras puestas en la situación internacional desde la perspectiva global.

Ahora bien, ¿puede estar el MERCOSUR sujeto a la tendencia o ideología de los gobiernos de turno? Es en este punto donde recalca para nosotros la importancia del modelo, mucho más que en las remanidas argumentaciones sobre las trabas constitucionales que presentan Brasil y Uruguay para proceder a la delegación de competencias en órganos

⁴⁸ DREYZIN DE KLOR, Adriana: "El MERCOSUR, Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado". Buenos Aires, Zavallía, 1.997, p. 28; también CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: "El derecho internacional en un mundo en cambio", Madrid, Ed. Tecnos, 1.985, p.14.

supranacionales. Es la voluntad política el motor, pero lo grave es que es el gobierno en ejercicio del poder quien fija manera unilateral, las pautas. Y entonces, ¿cuál es la continuidad que puede tener el esquema regional? La seguridad jurídica va de la mano de este aspecto aunque se la vincula no sin razón también, con el marco institucional. Sin embargo, resulta fácil advertir que el marco institucional depende de las decisiones políticas. En la hora actual, bien puede afirmarse que las reuniones de los órganos superiores de las que participan los presidentes de los Estados son ámbito propicio para que los mandatarios reiteren la firme voluntad política que los anima en el sentido de apuntalar la unión económica y afianzarla en sus objetivos. Empero, habrá un avance efectivo cuando se independicen los órganos estructurales de la voluntad política sobre todo porque no se trata de una voluntad con continuidad en el tiempo sino dependiente de la coyuntura por la que cada país miembro atraviesa.

El ingreso de Venezuela:

El 4 de julio de 2.006 los Presidentes de los Estados Parte suscribieron en Caracas, Venezuela el Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR.

No obstante, conforme lo establece el artículo 10, dicho instrumento deberá ser aprobado por los cinco Estados, siendo recién a partir de dicho instante que Venezuela adquirirá la condición de Estado Parte y participará con todos sus derechos y obligaciones en el MERCOSUR.

Se trata de la primera incorporación como miembro pleno desde el nacimiento del bloque el 26 de marzo de 1.991.

Este ingreso no ha sido visto como positivo por los llamados socios pequeños (Uruguay y Paraguay), máxime cuando en numerosas oportunidades manifiestan que todavía no han recibido los beneficios que alcancen a cubrir los costos asumidos desde su incorporación al espacio integrado.

Si bien desde el gobierno se afirma que la llegada del nuevo socio

implica un soplo de vitalidad, la doctrina sostiene que esta incorporación – impulsada por la República Argentina- puede ser interpretada como un juego estratégico donde el actor mayor –Brasil- acepta la aspiración del segundo actor –Argentina- en búsqueda de un tercer actor relevante que pueda generar un contrapeso deseable en el área. Sin embargo, también puede pensarse que esta incorporación contribuirá no sólo al aumento de la importancia geopolítica del bloque, sino a la reafirmación de Brasil como líder moderado del mismo.⁴⁹

El marco económico

El MERCOSUR se crea con la aspiración de alcanzar un mercado común; empero en los procesos de integración económica se avanza paulatinamente a través de la eliminación de las discriminaciones en forma gradual mediante el cumplimiento de sucesivas etapas que presentan distintas características, lo que permite diferenciar unos esquemas de otros. No siendo una excepción el bloque subregional, se genera también con un programa de liberación comercial incluido como Anexo del Tratado de Asunción.⁵⁰

Uno de los cambios que no puede seguir soslayándose enraíza en las reglas vigentes para la circulación *ad intra* de los bienes. El Arancel Externo Común (AEC), corazón de la Unión Aduanera, no ha sido alcanzado debiendo asimismo rectificarse la redundancia en el cobro de este gravamen. Es cierto que para hallar la solución hay que encaminarse hacia una integración más profunda pero no lo es menos, que de cara a la voluntad política que hoy anida en el espíritu de los Estados, pareciera que

⁴⁹ Comentario extraído del Suplemento de Derecho Internacional Privado de elDial.com – 1º diario jurídico argentino en Internet. julio de 2.006. www.eldial.com

⁵⁰ El Anexo 1, intitulado “Programa de Liberación Comercial” establece como fecha tope para que los EP eliminen los gravámenes y demás restricciones aplicadas en su comercio recíproco, el 31 de diciembre de 1.994. La metodología consistía en efectuar a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado, un programa de desgravación progresivo, lineal y automático beneficiando a los productos comprendidos en el universo arancelario según la clasificación de la nomenclatura arancelaria utilizada por la ALADI (artículo 3). Obviamente no se cumplió con este Programa y sostenidamente continúan dictándose Resoluciones al respecto.

las condiciones están dadas. Es menester tomar ventaja del espíritu negociador que viene orientando el proceso y combinarlo con la coyuntura por la que transitamos. No está de más recordar que durante un vasto período de su existencia, la política económica se caracterizó por su flexibilidad sin embargo, a la fecha, esta conducta cumplió su función y se debe actuar con las miras puestas en el futuro, arbitrando los medios para el cumplimiento de los compromisos asumidos. En la reunión celebrada recientemente en Asunción se incluyó en la Agenda una propuesta para el establecimiento de fondos estructurales, la eliminación del doble cobro del AEC y la distribución de la renta aduanera. Todo ello estuvo enmarcado en el contexto de la consolidación de la unión aduanera y la libre circulación en el mercado ampliado.

Otro gran tema, piedra angular del esquema es el régimen de origen. El cronograma establecido en un inicio, plasmado en el Anexo 2 del Tratado de Asunción, fue objeto de numerosas modificaciones. Por Decisión del CMC se procedió a la consolidación de las disposiciones dispersas para superar en parte el problema.⁵¹

Sabemos a ciencia cierta que no es suficiente; y debe acelerarse la reducción y eliminación progresiva del régimen de origen que es el objetivo deseable.⁵² Subrayamos que el momento actual es conveniente para emprendimientos audaces, la necesidad de elaborar una agenda y de cumplirla es posible en la medida en que se desarrolle un espacio económico común asentado en reglas de juego que penetren la realidad, teniendo presente las asimetrías de poder relativo y de dinámica económica de los países involucrados.⁵³

⁵¹ La consolidación normativa se efectuó a través de la Decisión CMC N° 01/04, por la que se unifican las Decisiones CMC N° 06/94, 16/97, 03/00, 41/00, 04/02, 24/02, 35/03, la Resolución GMC N° 27/01 y la Directiva CCM N° 04/00.

⁵² Bien señala el Informe de la Secretaría MERCOSUR que además de tener presente los argumentos que tradicionalmente se esgrimen a favor de mantener la Unión Aduanera por las bondades que implica para la región, si eventualmente en un futuro próximo se crea una zona de libre comercio a escala continental, la diferencia entre los tipos de acuerdo – ALC y UA – se concentrará en los sistemas de origen.

⁵³ Conf. PEÑA, Felix: "Hacia una mayor transparencia y participación ciudadana", CENRA, junio de 2.003.

III.- h) Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPR)

Composición del Tribunal

Más que un órgano permanente, es un tribunal disponible que difiere en mucho del carácter permanente que tienen tribunales de otros modelos de integración.

Se trata de un cuerpo colegiado integrado por cinco árbitros nacionales del MERCOSUR, cuatro surgen de la designación efectuada por los Estados Parte que al efecto elevan el nombre de un árbitro y su suplente, y el quinto árbitro surge de una lista de ocho candidatos que los países deben elevar a la Secretaría Administrativa Mercosur, debiendo cada uno proponer dos integrantes nacionales de los países del bloque. El mandato es por dos años pudiendo ser renovado por dos períodos consecutivos; en tanto que el quinto árbitro se designa por un período de tres años y su mandato no es renovable. Se regula asimismo, sobre los mecanismos a seguir en los supuestos que no se alcance unanimidad de los Estados Parte y se fijan reglas relativas a la renovación de los cargos. En cuanto a la designación del quinto árbitro se reconoce a los Estados Parte un amplio margen para fijar los criterios que estimen más convenientes, siempre que exista acuerdo entre ellos.

Funcionamiento del Tribunal

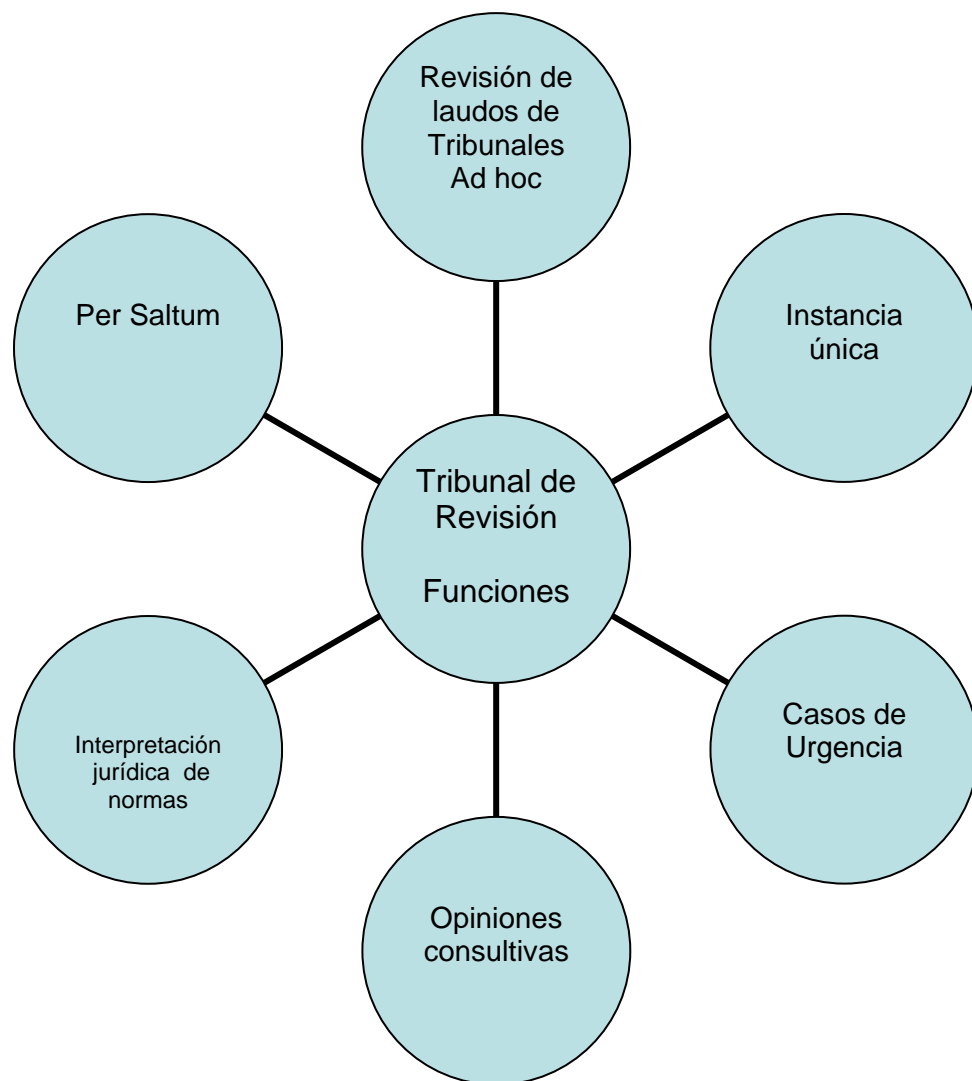
Como ya expusimos, el Tribunal Permanente de Revisión es de convocatoria, o disponibilidad permanente, eso implica o significa a disponibilidad de los árbitros para reunirse o comunicarse cuando lo requieran.

Funciona con cinco árbitros en los siguientes casos:

- a) En conflictos que involucran a más de dos Estados miembros.
- b) Cuando el tribunal actúa como única instancia.
- c) En los casos excepcionales de urgencia.
- d) Para emitir opiniones consultivas.

No funcionara a pleno en controversias entre dos Estados Parte, en ese caso el numero de miembros asciende a tres.

Podemos resumir y graficar las funciones del Tribunal Permanente de Revisión en el siguiente esquema.



Funciones específicas del Tribunal Permanente de Revisión

- 1) Revisión Jurídica: De los laudos de los tribunales ad hoc, limitándose a las cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas, no pudiendo analizar hechos ni evaluar pruebas.
- 2) Única instancia: Por acuerdo de las partes en un caso, cumpliendo entonces todas las funciones de los tribunales Ad Hoc (evaluación de hechos, recepción de pruebas y aplicación del derecho).
- 3) Casos excepcionales de urgencia: Actuando en plazos brevísimos, a pedido de un estado, por bienes perecederos, estacionales o que pierdan rápidamente su valor comercial y son retenidos sin justificación alguna en el Estado Parte demandado.
- 4) Opiniones consultivas: Se incorpora la posibilidad de solicitar **opiniones consultivas** ante el Tribunal permanente de revisión por parte de los órganos decisorios, los Estados Parte conjuntamente Consejo, Grupo Mercado Común, Comisión de Comercio) y los Tribunales superiores de los Estados Parte. Las opiniones que el Tribunal Permanente emita en carácter de consultivas NO son vinculantes.
- 5) Sobre interpretación jurídica de la norma MERCOSUR (los tratados, las resoluciones, las directivas, etc.).
- 6) El Tribunal Arbitral de Revisión tiene además **competencia per saltum** puesto que se admite el acceso directo de las partes una vez fracasadas las negociaciones directas.

Se ha fijado los honorarios de cada árbitro del tribunal, y se establecen de la siguiente forma:

Sobre un total de USD 5.000 en recursos de revisión. En única instancia los honorarios se fijaron en USD 6.000.- En casos de urgencia se ha establecido un honorario de USD 2.000. En casos de opiniones consultivas los honorarios se han fijado de la siguiente forma: USD 2.000 para el relator y USD 1.000 para los demás árbitros intervinientes.

Coincidiendo con la instalación oficial del Tribunal Permanente de Revisión se celebró la Tercera Reunión del Grupo de Expertos mercosureños y europeos⁵⁴ que llevó a cabo una investigación sobre el tema: "Contribución al Perfeccionamiento del Sistema de Solución de Controversias en Mercosur".

La labor investigativa se desarrolló en diferentes etapas; como punto de partida, se efectuó un diagnóstico a través de un trabajo de campo realizado en cada Estado, a efectos de relevar datos sobre el funcionamiento del sistema de solución vigente en MERCOSUR. En una segunda etapa, a partir del procesamiento de los resultados obtenidos se inició un análisis conducente a detectar los aspectos más conflictivos que presentaba el sistema, para continuar con la formulación de propuestas factibles de contribuir al desarrollo institucional de MERCOSUR. Particularmente los ámbitos de análisis fueron jurídico-judiciales, y los resultados, destinados a las instancias competentes. La actividad principal, por tanto, consistió en el análisis de las dificultades con que tropieza el "Sistema de Solución de Controversias", y la propuesta de mecanismos para su superación.

En función de la labor efectuada por el grupo de investigadores se elaboró un Informe presentado en el marco de una Conferencia Plenaria de la que participaron el Tribunal Permanente de Revisión (TPR), miembros de las Cortes Supremas de Justicia de los Estados Parte⁵⁵, autoridades de las Asociaciones de Magistrados de los países miembros y funcionarios jerárquicos de los órganos ejecutivos del MERCOSUR, además de selectos

⁵⁴ Integraron el Grupo por el MERCOSUR los profesores: Adriana Dreyzin de Klor (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina), Ronald Herbert (Universidad de Montevideo, Uruguay), Jeannette Irigoyen (Universidad Nacional de Chile), Luiz Otavio Pimentel (Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil) y Roberto Ruiz Díaz Labrano (Universidad Nacional de Asunción, Paraguay). Por la UE participaron los profesores: Ricardo Alonso García (Universidad Complutense de Madrid, España), Juan Antonio Cremades (Especialista en Arbitraje, París – Madrid), Manuel Lopes Porto (Universidad de Coimbra, Portugal). El Profesor José Vidal Beneyto coordinó el Grupo de Expertos por el Colegio de Altos Estudios Europeos "Miguel Servet" (París, Francia). La investigación contó con el financiamiento de la Comisión de la Unión Europea, Contrato n° ALA/B7-311/2003/4910

⁵⁵ Los Miembros de los máximos Tribunales de Justicia que participaron en la Conferencia Plenaria fueron los siguientes: Elena Highton de Nolasco (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina); Ellen-Gracie Northfleet (Supremo Tribunal Federal, Brasil), Raúl Torres Kimser (Corte de Justicia del Paraguay) y el Leslie Von Rompaey (Corte Suprema de Justicia, Uruguay).

invitados especiales. De esta suerte, el Informe presentado por el Grupo de Expertos en la Conferencia Plenaria logró dos objetivos considerados prioritarios desde el inicio de sus trabajos: el primero consistió en dar a conocer las conclusiones de la investigación efectuada a quienes protagonizan el proceso mercosureño desde espacios sumamente relevantes para la operatividad del modelo subregional; el segundo fue obrar como articulador del diálogo inaugurado entre los miembros de las Cortes de Justicia de los Estados Parte presentes en el acto y los miembros del flamante TPR que por primera vez, desde el trascendental acontecimiento, tuvieron oportunidad de intercambiar ideas, a la vez que efectuaron sus observaciones sobre el “Informe” y los hechos acaecidos.⁵⁶

¿Cuál es la contracara de estos sucesos presentados como un avance tan significativo para el esquema? El Protocolo de Olivos continúa legislando sobre una jurisdicción arbitral; puede llegar a ser el germen de una corte de justicia permanente, empero tal como ha sido constituida, aún no lo es. Los particulares siguen estando desprotegidos en tanto no tienen acceso al mecanismo en forma directa⁵⁷; su situación no se ha modificado esencialmente con la reforma.

La opinión consultiva introducida en el nuevo ordenamiento jurídico ¿equivale a lo que se conoce como cuestión prejudicial en el sistema jurisdiccional europeo y en el mecanismo jurisdiccional de la CAN? Recordemos la influencia que en ambas experiencias ha tenido como medio de alcanzar la interpretación uniforme del derecho y los efectos que esta interpretación genera en las experiencias regionales. No podemos efectuar una afirmación en el sentido de que estos institutos son equivalentes, porque

⁵⁶ Las observaciones vertidas por los miembros de las Cortes Supremas de Justicia de los Estados Parte se emitieron a título personal. Asimismo, el Magistrado Ricardo Vigil Toledo, miembro del Tribunal de Justicia de la CAN, quien aportó al evento la enriquecedora experiencia que desarrolla dicho Tribunal en la región latinoamericana.

⁵⁷ Los particulares que contratan y comercian intrazona, no están debidamente amparados en el ejercicio de sus derechos ya que la falta de controles los afecta directamente. Ello se refleja en la imposibilidad de negociar con certeza y previsibilidad restando credibilidad al esquema, pese a la importancia que adquiere esta característica para el proceso. Ver DREYZIN DE KLOR, ADRIANA: “La aplicación judicial del derecho del MERCOSUR”, en: L.O. PIMENTEL (org.); “Los procesos de integración en el nuevo milenio”, La Paz, Universidad Católica Boliviana, 2.000, pp. 407 ss.

de forma palmaria las diferencias en cuanto a los sistemas, los modelos adoptados, los procedimientos, los ámbitos de vigencia, no admiten comparaciones.

Son numerosos los interrogantes que quedan por formular respecto a esta tercera cuestión que hemos introducido de cara a la institucionalización del bloque; preferimos sin embargo, no aumentar el listado de planteos ya que sobradamente los efectuados demuestran la inquietud que circunda en torno al futuro del sistema de solución de conflictos del MERCOSUR. Empero, como reflexión dejemos planteado que pudo elaborarse una normativa acorde a las necesidades del esquema, y que hubo causas que lo impidieron. Desde nuestra óptica, la voluntad política orientadora del esquema hizo lo suyo y el diseño aprobado queda acotado a lo que esa voluntad determina. La normativa indudablemente constituye un avance sobre el modelo anterior, empero el retroceso resulta de no haber aprovechado la nueva instancia para crear un instrumento legal que proporcione certeza, previsibilidad y en definitiva seguridad jurídica a los inversores, a los operadores jurídicos y económicos y a todos quienes protagonizamos el proceso.

Seguidamente realizaremos un cuadro de la estructura orgánica del MERCOSUR, conforme fue prevista en el Protocolo de Ouro Preto.

Estructura Orgánica del MERCOSUR				
	Órgano	Integración	Funciones	Normas
	Consejo Mercado Común	Presidentes de los Estados Miembros Ministros de Relaciones Exteriores Ministros de Economía	<ul style="list-style-type: none"> - Titular de la Personería Jurídica del MERCOSUR: Negociar y firmar acuerdos en nombre del MERCOSUR - Conducción política del Proceso de Integración. - Asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos en el Tratado de Asunción. - Alcanzar la constitución definitiva del Mercado Común. - Proponer al Grupo Mercado Común nuevas normas o modificaciones de las existentes en materia comercial y aduanera 	Decisiones

	Grupo Mercado Común	Representantes de los Países Miembros: 4 Miembros titulares y 4 alternos	<ul style="list-style-type: none"> - Funciones Ejecutivas. - Velar por el cumplimiento del Tratado de Asunción, de sus Protocolos y de los acuerdos firmados en su marco. - Organizar las reuniones del Consejo, preparar informes y estudios que éste le solicite - Fijar programas de trabajo que aseguren avances para el establecimiento del mercado común; - Negociar, con la participación de representantes de todos los Estados Parte, por delegación expresa del Consejo del Mercado Común, acuerdos en nombre del MERCOSUR con terceros países, grupos de países y organismos internacionales. - Aprobar el Presupuesto y la rendición de cuentas anual de la Secretaría. - Supervisar las actividades de la Secretaría. 	Resoluciones
	Comisión de Comercio	Representantes de los Países Miembros 4 Miembros titulares y 4 alternos Coordinado por los Ministerios de Relaciones Exteriores	<ul style="list-style-type: none"> - Asistir al Grupo Mercado Común - Velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Partes para el funcionamiento de la unión aduanera. - Efectuar el seguimiento y revisar los temas y materias relacionados con las políticas comerciales comunes, con el comercio intra-MERCOSUR y con terceros países. 	Directivas y Propuestas

Consultivos	Secretaría	Un Director, elegido por GMC y designado por el CMC, por dos años, sin reelección.	<ul style="list-style-type: none"> - Apoyo operativo, responsable de la prestación de servicios a los demás Órganos del MERCOSUR. - Archivo oficial de la documentación del MERCOSUR. - Publicación y difusión de las normas del MERCOSUR. - Realizar las traducciones auténticas en los idiomas español y portugués - Editar el Boletín Oficial del MERCOSUR - Organizar las reuniones de los Órganos que se realicen en su sede permanente y proporcionar apoyo al Estado cuando se realicen fuera de ella. - Registrar las listas de árbitros y expertos. - La Decisión del CMC 30/02 y la Resolución del GMC 1/03 implementaron la creación de un Sector de Asesoría Técnica, compuesto por dos abogados y dos economistas elegidos por concurso internacional. 	
-------------	------------	--	---	--

	Comisión Parlamentaria Conjunta	Parlamentarios de los Estados Parte en igual número	<ul style="list-style-type: none"> - Representativo de los Parlamentos de los Estados Partes. - Acelerar los procedimientos internos en los Estados Partes para la pronta entrada en vigor de las normas de los órganos con facultades decisorias y vinculantes. - Coadyuvará en armonización de las legislaciones. - Efectuará el examen de los temas prioritarios a requerimiento del Consejo. 	Recomendaciones
	Foro Consultivo Económico y Social	Representantes de los sectores de los 4 Estados Parte en igual número	<ul style="list-style-type: none"> - Representativo de los sectores económicos y sociales. - Se pronuncia a solicitud del Grupo Mercado Común o por iniciativa propia. 	Recomendaciones
	Comisión de Representantes Permanentes	Embajadores Permanentes de los Estados Parte del MERCOSUR acreditados ante la ALADI.	<ul style="list-style-type: none"> - Funciones diplomáticas - Cara visible en las negociaciones. - Carece de funciones de carácter decisorio. 	
	Tribunal Permanente de Revisión	Integrado por 5 árbitros	<ul style="list-style-type: none"> - Revisión de laudos de Tribunales Ad hoc. - Emitir opiniones consultivas. - Interpretación jurídica de normas. - Casos de urgencia. - Instancia única. - Per Saltum. 	

Colofón:

La doctrina suele poner énfasis en resaltar las imperfecciones, limitaciones, insuficiencias e incluso carencias que padece este esquema de integración regional en el plano institucional, denotadas o puestas en evidencia en los siguientes aspectos:

- i) El carácter intergubernamental de los órganos regionales, que los hace dependientes de las decisiones o políticas implementadas por cada uno de los Estados Parte, sin que exista independencia en el órgano regional para la toma de decisiones en consideración a los intereses propios del área.
- ii) El procedimiento para la toma de decisiones, que encuentra sus dificultades y demoras en la exigencia del consenso.
- iii) La existencia (o exigencia) de un procedimiento de incorporación del derecho derivado a la normativa interna de los Estados Parte y jerarquía en los ordenamientos nacionales.
- iv) El mecanismo para la solución de disputas establecido, carente de un “tribunal supranacional”

Sin dejar de reconocer el acierto de las observaciones que son efectuadas en forma casi unánime por la doctrina, tanto la estructura orgánica adoptada, las características y funciones, hasta el mecanismo de resolución de conflictos referido, refleja el bajo grado de compromiso asumido por los Estados Partes que se han negado sistemáticamente a ceder atribuciones a los órganos del bloque, y al nacimiento o creación de un derecho regional con características de derecho comunitario.

Ello depende directa y exclusivamente de la decisión política que se adopte respecto a que tipo de integración se busca, cuales son los objetivos o fines deseados y cuales son los medios propuestos para alcanzarlos. Considero que las características de la estructura actual del MARCOSUR se compadece con la real intención de los Estados. Hasta tanto no haya un compromiso más profundo, una real intención política de avanzar en la

integración; modificar la existente hacia una estructura más compleja con características de supranacionalidad al estilo de la Unión Europea resultaría sumamente peligroso para la subsistencia de la región.

Significaría plasmar, una vez más, en los papeles, una situación que los Estados (o los gobernantes de turno) no están dispuestos a consolidar, lo que a la postre implicaría el fracaso del proyecto integracionista.

A su vez, deberíamos tener en claro al hablar de la “intensión política del Estado” no debemos hacer referencia sólo a la voluntad del partido político que “transitoriamente” dirige el gobierno, sino a un proyecto de Nación inserta en un área de integración determinada, con aceptación social (de empresarios, inversores y población en general) y con intensión de perdurabilidad.

Pero parecería que en nuestro país ello constituye una utopía.

CAPITULO II

LA ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA

Introducción:

Título I: La Armonización Legislativa, el Derecho Comparado y el Derecho Internacional Privado.

- a) La relación entre armonización y derecho comparado.
- b) El camino a la armonización.
- c) El enfoque de comparatistas y armonizadores: Eurocentrismo – Privatismo.
- d) Distinción entre la armonización y la comparación: La cuestión metodológica – Los idiomas – Las calificaciones.
- e) Similitudes y diferencias.
- f) Textualismo y contextualismo.
- g) De lo analítico a lo normativo.
- h) Armonización, trasplantes y derecho comparado.
- i) La armonización legislativa, la integración y el Derecho Internacional Privado.

Título II: Distintos tipos de armonización

- a) Precisiones conceptuales básicas.
- b) Los métodos de armonización legislativa .
- c) Distintos tipos de armonización en el ámbito territorial: Armonización – Coordinación - Aproximación – Armonía Legislativa – Uniformidad Legislativa.

Título III: Derecho de la Integración – Derecho Comunitario

- a) El Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Privado de la Integración.

- b) El Derecho regional o Derecho Internacional Privado de la Integración: Concepto de derecho de la integración -El derecho regional originario y derivado.
- c) El Derecho de la Integración y el Derecho Comunitario - El carácter irreversible de los Tratados Comunitarios.
- d) Fuentes del Derecho Regional.
- e) Principios rectores del Derecho Regional: Principios vigentes en el Derecho Comunitario. Supremacía del derecho comunitario - Efecto directo - Aplicación inmediata. La responsabilidad del Estado por incumplimiento de las directivas comunitarias.
- f) Supremacía - Aplicabilidad inmediata y Efecto directo en la Unión Europea. Decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea: “Simmenthal” “Costa c/ Enel”.

Título IV: Las normas del MERCOSUR - Examen del artículo 1 del Tratado de Asunción. Pertinencia de la armonización en materia de insolvencia.

- a) Los principios del derecho regional en el MERCOSUR: Supremacía, aplicabilidad inmediata y efecto directo en el MERCOSUR. La aplicación interna de las normas del MERCOSUR.
- b) La Doctrina de nuestros Tribunales: Fallos de la Corte Suprema de la R.A. caso “Cafés La Virginia”.

Colofón: Algunas aproximaciones a la armonización en el MERCOSUR

La Armonización Legislativa

Introducción:

Suele afirmarse que con el propósito de consolidar el MERCOSUR y en especial de alcanzar los objetivos de un mercado común, resulta indispensable armonizar una serie de cuestiones vinculadas a las diversas dimensiones del proceso de integración: económico-comercial, política, social y jurídico-institucional. La razón fundamental que justifica la armonización de las disposiciones internas de los miembros del MERCOSUR es lograr la tan ansiada seguridad jurídica, resultando fundamental para lograr los propósitos del esquema.⁵⁸

Así lo vislumbraron los Estados partes del MERCOSUR cuando previeron la necesidad de armonizar las legislaciones en las áreas pertinentes. En efecto, el problema fundamental de las disparidades legislativas radica en que tal circunstancia posibilita a los operadores elegir al momento de invertir o instalar una empresa, aquel país que le sea más favorable o beneficioso legislativa y jurisdiccionalmente, en detrimento de la integración.

Es decir que la falta de armonización legislativa, favorece lo que se conoce como *forum shopping*, es decir la transferencia de bienes o litigios de un Estado miembro a otro en busca de una posición más favorable. De esta forma, se crea un nuevo obstáculo, una barrera para el desarrollo pleno, armónico del mercado común.

Por el contrario, la existencia de normas armonizadas genera, promueve certidumbre jurídica de la que deben gozar los operadores para el desarrollo adecuado de sus actividades. Asimismo, para que el intercambio comercial resulte más atractivo en el ámbito del MERCOSUR, resulta esencial la elaboración, aprobación, y puesta en vigor de normas claras,

⁵⁸ BASZ, Victoria: "Armonización Legislativa en áreas integradas" en Revista Temas de Derecho Privado N° XII, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2.000, p. 187.

precisas, eficaces que brinden a los comerciantes y empresas que operen en nuestra región previsibilidad, credibilidad y seguridad jurídica, ya que aquellos no sólo se mueven en busca de ventajas económicas, sino que además persiguen tales valores. En este sentido, cualquier agente económico apreciará y optará por aquel esquema que posea reglas de juego establecidas en materias que inciden de manera directa en el transcurso de sus operaciones comerciales: inversiones, contratación internacional, régimen societario, mecanismos de resolución de controversias, insolvencia, entre otros.

Por otra parte, cabe recordar que ante la falta de los referidos valores o condiciones para la inversión (seguridad, previsibilidad, etc) los Estados han debido efectuar importantes concesiones a los capitales extranjeros al momento de la suscripción de diversos Protocolos de Promoción y Protección de las Inversiones, que a la postre resultan perjudiciales en comparación con los beneficios que dichos capitales aportan al área.

Por lo tanto es necesario alcanzar la armonización legislativa en múltiples áreas que son pertinentes para el fortalecimiento del proceso, ello resulta imperativo del propio tratado constitutivo del bloque (artículo 1º Tratado de Asunción).

Además, la armonización a nivel regional de ser alcanzada en el marco del MERCOSUR contribuiría a su constitución como mercado común y por ende impediría su posible dilución ante la formación de un espacio económico mayor, tal como puede ser la Comunidad Sudamericana de Naciones constituida por los dos bloques comerciales sudamericanos: el MERCOSUR y la Comunidad Andina de Naciones, más Chile, Surinam y Guyana; o bien ante la iniciativa del ALCA.

En este punto corresponde remarcar que la armonización debe ser realizada en función de las exigencias del estado de avance del proceso y de modo tal que abarquen aquellas diferencias que tienen o puedan llegar a tener incidencia directa sobre el correcto funcionamiento del mercado común. Como expresáramos, impone el Tratado de Asunción la referida

armonización legislativa, que debe operarse en las áreas pertinentes, que son solo aquellas estrechamente vinculadas a la consecución de los objetivos previstos para el espacio integrado, pero no debe comprender aspectos que no se encuentren vinculados, relacionados a los objetivos del mercado común (como por ejemplo cuestiones de familia, sucesiones, algunas cuestiones de derecho penal, etc.).

En efecto, desde que un mercado común tiene por objetivo suprimir las fronteras para permitir la libre circulación de personas, capitales, bienes y servicios (tal como lo desarrollaremos in extenso en el capítulo siguiente), algunos de estos ámbitos se relacionan con la política económica - comercial del bloque y por ende, con el Derecho Internacional Económico, y otros se encuentran vinculados directamente con el Derecho Comercial Internacional.

Una de estas materias es la insolvencia transfronteriza, y como veremos oportunamente, la consideración o no en el ordenamiento vigente de implementación de procedimientos de salvataje de empresas en estado de crisis económica y financiera o insolvencia.

Antes de culminar este apartado cabe señalar que en el seno del MERCOSUR existen acuerdos y protocolos, así como normas de derecho derivado en distintas áreas tales como defensa de la competencia, defensa del consumidor, derecho procesal internacional, jurisdicción internacional en materia contractual, circulación de personas, integración cultural y educativa, derecho del trabajo y de la seguridad social, medio ambiente, responsabilidad por accidentes de tránsito⁵⁹ entre muchas otras.

El estado de vigencia de estas normas ha corrido suerte dispar.

Título I

La Armonización Legislativa, el Derecho Comparado y el Derecho Internacional Privado.⁶⁰

- a) La relación entre armonización y derecho comparado.
- b) El camino a la armonización.
- c) El enfoque de comparatistas y armonizadores: Eurocentrismo – Privatismo.
- d) Distinción entre la armonización y la comparación: La cuestión metodológica – Los idiomas – Las calificaciones.
- e) Similitudes y diferencias.
- f) Textualismo y contextualismo.
- g) De lo analítico a lo normativo.
- h) Armonización, trasplantes y derecho comparado.
- i) La armonización legislativa, la integración y el Derecho Internacional Privado.

I.- a) La relación entre armonización y derecho comparado

Históricamente, desde que el hombre empezó a reglar su conducta se interesó por la existencia de similitudes y diferencias entre las normas de distintos pueblos, de distintas culturas. De acuerdo con determinadas tradiciones, los romanos se interesaron por el derecho griego,⁶¹ los pueblos bárbaros tomaron el derecho romano, etcétera. Sin embargo, esta influencia de una cultura jurídica sobre otra no alcanza todavía a que podamos definirla como armonización legislativa, ni podemos hablar de derecho comparado.

⁵⁹ En este caso, aludimos al Protocolo de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados Partes del MERCOSUR, firmado en San Luis, el 25 de junio de 1.996, en vigor desde el 19 de agosto de 1.999.

⁶⁰ El desarrollo de esta temática se basó en el trabajo "Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos", de Pablo LERNER. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. www.juridicas.unam.mx

⁶¹ ASSIMAHOUPOULOU, K.: "Comparative Law in the History of Greek Law", 38/39 Revue Hellenique de Droit Comparé, 1.985-86, pp. 323-333, 324 y ss.

Se puede realizar el estudio de uno o más sistemas jurídicos sin comparar entre ellos o sin comparar un sistema extranjero con el sistema nacional. No obstante, la importancia del derecho comparado es clara, no sólo porque contribuye a entender mejor el derecho como creación cultural sino que proporciona una base intelectual para la interpretación y el análisis de distintos sistemas jurídicos, lo que en definitiva ayuda también a entender e interpretar el propio.⁶² Si tomamos como premisa que el derecho comparado se beneficia de la permeabilidad entre los sistemas, la etapa actual en la que hay una mayor comunicación entre los sistemas jurídicos, y en la que la idea de unificación del derecho cobra cada vez más vitalidad, debería ser la mejor hora del derecho comparado y de la armonización legislativa.

La relación entre comparación y armonización es compleja y admite diferentes lecturas. Hay quienes como Sacco, sostienen que desde un punto de vista histórico, la unificación del derecho *no* necesita del derecho comparado, mientras que autores como Zweigert-Kötz opinan que la armonización *sí* necesita del derecho comparado.⁶³

Efectivamente, ha habido a lo largo de la historia procesos de unificación, tal como ocurrió en la Edad Media con el derecho romano, o en periodos posteriores con la recepción del derecho francés o el derecho alemán⁶⁴ en las que los cambios legislativos no se basaron en el derecho comparado. En la misma medida que no debe ser asimilada armonización con derecho comunitario, no toda formación del derecho unificado debe

⁶² Sobre el derecho comparado en general, véase GAMBARDI, Antonio y SACCO, Rodolfo: "Sistemi Giuridici Comparati", Torino, 1.991, pp. 1 y ss.; SACCO, Rodolfo: "Introduzione al Diritto Comparato", 3a. ed., Turín, 1.989, pp. 6 y ss.; *id.*, "Legal Formants: A Dynamic Approach of Comparative Law", 39 American Journal of Comparative Law, 1.991, p. 1 (parte 1), 343 (parte 2), 3 y ss.; MARKESINIS, Basil: "Comparative Law-a Subject in Search of an Audience", 53 Modern Law Review, 1.990, pp. 1-21; CRUZ, Peter: "A Modern Approach to Comparative Law", Deventer, 1.993, pp. 14 y ss.; LEGRAND, Pierre: "Comparer", 48 Revue Int. Droit Comparé, 1.996, p. 278; BLANC-JOUVAN: "La formation au droit comparé", 48 Revue Int. Droit Comparé, 1.996, p. 347.

⁶³ ZWIEGERT, Konrad y KÖTZ, Hein: "Introduction to Comparative Law", 3a. ed., traducción de T. Weir, Oxford, 1.998, p. 24.

⁶⁴ SACCO, Rodolfo: "Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law", 39 American Journal of Comparative Law, 1.994, pp. 1, 2 y ss.

forzosamente estar ligada al derecho comparado.⁶⁵

I.-b) El camino a la armonización

La armonización es un proceso por el cual las barreras entre los sistemas jurídicos tienden a desaparecer y los sistemas jurídicos van incorporando normas comunes o similares. Es un proceso que se da a distintos niveles, en diferentes campos del derecho y regidos por distintas pautas y principios. Este proceso se desarrolla en estadios: parte de la aceptación de institutos, luego se van acercando las soluciones hasta finalmente quedar limitadas las diferencias a los aspectos técnicos. La última fase sería la adopción de normas comunes, sobre la base de proyectos de unificación.

Se habla de unificación, convergencia y armonización en forma intercambiable, aunque técnicamente sean expresiones diferentes.⁶⁶

Como una primera aproximación podemos decir que la **convergencia** se refiere a un proceso gradual que se lleva a cabo sobre la base de cambios en el orden legislativo interno de los países, que adoptan una normativa común. El término convergencia puede ser entendido como sinónimo de armonización, aunque parece más apropiado distinguir entre ambos.

Mientras que **armonización** se refiere a un proceso impulsado,

⁶⁵ En una misma revista dedicada al tema de la armonización es posible encontrar opiniones distintas. Así, por ejemplo, un autor sostiene: "I do not think that the records of the Court and the Community Legislation suggest they are engaged in a comparative law activity" (Forrester, I., "The Role of Comparative Law in the Development of European Law on Intellectual Property", en varios autores, *The Role of Comparative Law in the Emergence of European Law*, Zürich, Institut Suisse de Droit Comparé, 2.002, pp. 87-104 y 89) mientras que otro, puede con muy buenos fundamentos, opinar que "Le législateur affirme donc correctement, bien que de façon implicite, qu'une mesure d'harmonisation législative requiert une analyse comparative préalable de la situation du droit en vigueur dans les Etats membres" (Stauder, B., "L'Exemple du Droit de la Consommation", en varios autores, *op. cit.*, en esta misma nota, pp. 11-40 y 13).

⁶⁶ Véase, por ejemplo, FERRARI, S.: "Le Fontu Normativa di Produzione non Nazionale", en Rescigno, P. (ed.), *Trattato di Diritto Privato*, Turín, 1.982, pp. 147-174, 153 y ss.; a. rieg, "L'Harmonization européenne du Droit de famille: Myth ou Réalité", Stoffel, W. y Volken, P. (eds.), *Conflits et Harmonization Melanges en l'honneur de Alfred von Overbreck*, Fribourg, 1990, pp. 473-499, 473 y ss; DAVID, René: "The International Unification of Private Law", *International Encyclopedia of Comparative Law*, v. 2, chp. 5, 89; CANIYET, G., "La Convergence des Systèmes Juridiques au Point de Vue du Droit Privé Français", 55 *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2.003, pp. 7-22; ROSSET, Arthur :

promovido por legisladores o comisiones de distinto tipo, la convergencia alude a un proceso más natural que es consecuencia de distintos factores y causas por los cuales los sistemas jurídicos van ganando en similitud aunque en definitiva la armonización lleva a la convergencia. A veces también se usa el término **aproximación**, que es la idea utilizada en el artículo 100 del Convenio de Roma por el Parlamento Europeo.⁶⁷ Mientras que la armonización hace más referencia a la idea de proceso en el que paulatinamente se van borrando diferencias entre los sistemas,⁶⁸ la **unificación** sería un estadio más evolucionado en el cual los sistemas jurídicos se basan en una misma norma legal, mediante la adopción de un texto único.

En este trabajo generalmente utilizaremos el término armonización, sin entrar en demasiados detalles, entendiéndolo como el marco generalizador, marco que puede incluir también proyectos de unificación o de aproximación.

Tan importante como trazar distinciones que pueden ser en buena medida semánticas, es entender que los caminos para alcanzar la armonización (y en definitiva llegar a la unificación) pueden ser varios y no son excluyentes.⁶⁹ Es posible distinguir entre vías centralizadas y vías descentralizadas para lograr la armonización.

Las vías centralizadas son aquellas que se desarrollan, se enmarcan

"Unification, Harmonization, Restatement, Codification and reform in Interantional Commercial Law", 40 *American Journal of Comp. Law*, 1.992, pp. 683-697.

⁶⁷ Véase, por ejemplo, la resolución del Parlamento Europeo del 15 de noviembre de 2.001, sobre la aproximación del derecho civil y comercial de los Estados miembros. Véase también el Plan de Acción sobre Derecho Europeo de los Contratos, publicado por la Comisión el 12 de febrero de 2.003. Véase QUIÑONES ESCÁMEZ, Anna y BATALLA TRILLA, Anna: "Un paso inevitable en la armonización del derecho contractual europeo: la elaboración de un derecho internacional privado común atento a los objetivos del mercado interior", en ESPIAU, Santiago y VAQUER, Aloy Antoni. (ed.), *Bases para un derecho contractual europeo*, Valencia, 2003, pp. 617-628; STAUDENMYER, Dirk: "The Commission Action Plan on European Contract Law", 11 *European Review of Private Law*, 2.003, pp. 113-127.

⁶⁸ Para algunos, el término armonización es algo ambiguo y menos preciso que el término unificación. BOODMAN, Martin: "The Myth of Harmonization of Laws", 39 *American Journal of Comparative Law*, 1991, pp. 699-724.

⁶⁹ Véase SMITS, Jan: "The Making of European Private Law", Antwerp, 2.002, pp. 6 y ss. También SACCO, Rodolfo: "Legal Formants: a Dynamic...", *cit.*, nota 2, pp. 4 y 5. Véase también MERTENS, Hans J.: "Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff", 56 *RabelsZ*, 1.992, pp. 219-242; SCHWARTZ, A.: "Die Europäisierung des

en un eje político legal determinado que tienden a fijar —e incluso imponer— la norma armonizadora. Las vías descentralizadas son por las que transitan las iniciativas privadas.

Como ejemplo de armonización centralizada podemos poner la legislación internacional y las convenciones internacionales.⁷⁰ Así el marco de la Unión Europea se basa en una actividad legiferante que da forma a un auténtico derecho europeo armonizado en diferentes campos.⁷¹ Otra vía centralizada es la cooperación judicial y, pudiéndose citar como ejemplo, particularmente en lo que a Europa se refiere, la labor de la Corte de Justicia de la Unión Europea.

Si pasamos a las vías descentralizadas, la armonización va dándose también como consecuencia de la práctica internacional, producto de la decisión de los factores del comercio internacional. En la medida que comerciantes y árbitros internacionales llegan a la conclusión sobre la importancia de basar su actividad en textos uniformemente aceptados, se va dando un proceso de armonización en el tráfico internacional. Cobra particular relevancia otra vía descentralizada y es la que recibe expresión en los proyectos armonizadores, preparados por comisiones o grupos de trabajo. Se trata de principios que pueden ser adoptados voluntariamente por comerciantes en negocios internacionales y están destinados a regir el tráfico de los contratos transnacionales. Estos trabajos no tienen en principio

Privatrechts am Beispiel des Kaufrechts”, en Martini, D. y Witzleb, N. (eds.), *Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch*, Berlín, 1.999, pp. 33-52.

⁷⁰ Si tomamos el caso del derecho europeo, se trata de un proceso de armonización que se realiza por distintos medios, cada uno de los cuales tiene una distinta intensidad y brinda una armonización en distintos planos: El mismo tratado de Roma, base de la Unión Europea, planteó un principio de armonización al establecer pautas para coordinar las políticas económicas. Ejemplo es el caso de la Política Agrícola Comunitaria (PAC) que fue motor de parte de los primeros esbozos de armonización.

⁷¹ Así podemos señalar directivas que han llevado a la armonización en el campo de la venta fuera de establecimientos comerciales (directiva 85/577), viajes combinados (directiva 90/314), protección al consumidor contra cláusulas abusivas (directiva 93/13), utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (94/47), protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (directiva 97/7), venta de bienes de consumo (directiva 99/44), etcétera. PALACIOS GONZÁLEZ, María Dolores: “El deber de información en los contratos con consumidores”, en ESPIAU, Santiago y VAQUER, Aloy Antoni. (ed.), *op. cit.*, nota 8, pp. 89-96; DALHUISEN, Jan: “International Commercial and Financial Law,” Oregon, 2.000, pp. 123, 125. Sobre el derecho de la comunidad europea pueden consultarse entre otras obras MENGIOZZI, Paolo: *European Community Law*, 2a. ed., traducción de P. de Luca, Hague, 1.999; Hartley, T., *The Foundations of European Community Law*, 4a. ed., Oxford, 1.998; CRAIG, P. y BÚRCA, Grainne de: “*EU Law*”, 3a. ed., Oxford, 2.002.

aplicación compulsiva.⁷² Los trabajos más significativos son los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales *Unidroit*, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (“PECL”, de acuerdo a las siglas en inglés), el Anteproyecto de Código Civil Europeo y el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos. Los Principios de *Unidroit* fueron preparados por el Instituto de Unificación del Derecho que funciona en Roma bajo la dirección de J. Bonell.⁷³

Si se tiene en cuenta que algunos de los académicos que tomaron parte en la redacción de estos principios, también participaron en la comisión que preparó los PECL, también conocida como Comisión Lando, no es de extrañar que muchas de las soluciones que encontramos en los Principios *Unidroit*, aparezcan en los PECL. Además existe clara correlación entre ellos y la Convención de Viena de 1.980 sobre Contratos Internacionales.⁷⁴

Dos anteproyectos de Código Civil, el anteproyecto del profesor Von Bar y el anteproyecto del Grupo de Pavia bajo la dirección del profesor G. Gandolfi, tienen ya no sólo como objetivos servir de “principios”, sino ser base para el futuro código europeo. En el caso del proyecto del grupo de Pavia,⁷⁵ se trata de un Código Europeo de Contratos, proyecto que guarda bastante similitud con las soluciones del Código Civil italiano y el proyecto de Code McGregor. El proyecto Von Bar se basa en el trabajo de la Comisión Lando, aunque excede el marco del derecho de contratos. Es claro que también en otros marcos, por ejemplo el de las convenciones internacionales, como la Convención de Viena sobre compra-venta internacional, podemos ver la búsqueda de la armonización a través de la

⁷² DAVIES, Iwan: “The New Lex Mercatoria: International Interests in Mobile Equipment”, 52 *International Comparative Law Quarterly*, 2.003, pp. 150-176, 150.

⁷³ Sobre los Principios *Unidroit* y su campo de aplicación puede consultarse: BONELL, Michael: “An International Restatement of Contract Law”, Nueva York, 1.997; *id.*, “The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?”, en Rabello, A. M. (ed.), *The Principles of Unidroit and Modern National Codifications*, Jerusalem, 2001, pp. 9-19; RABELLO, Alfredo Mordechai y LERNER, Pablo: “The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and Israeli Contract Law”, 8 *Uniform Law Review*, 2.003, pp. 601-629.

⁷⁴ Sobre la evolución de la Convención de Viena de 1980 y sus antecedentes históricos, véase por ejemplo GARRO, Alejandro y ZUPPI, Alberto: “Compraventa internacional de mercaderías”, Buenos Aires, 1.990, p. 29.

comparación.

En esta armonización descentralizada, por la vía de principios o de proyectos de codificación, es donde el derecho comparado encuentra su mayor expresión, pues se trata de trabajos que parten de la base de la existencia de soluciones jurídicas distintas y buscan encontrar el común denominador que sirva de base a una futura legislación transnacional. Los PECL están formulados con notas que remiten al derecho vigente en cada uno de los países de la comunidad europea, y son desde este punto de vista un claro trabajo comparativo.

En resumen, las diferencias entre los sistemas jurídicos se van haciendo menos marcadas y se habla incluso de la elaboración de códigos comunes a distintos países, tal como se ha proyectado para Europa.⁷⁶ Cabe aquí, sin embargo, una aclaración. En Europa, gran parte de las voces que se escuchan en contra de la armonización son en realidad voces contra un código civil europeo que reemplace a los actuales códigos, pero la polémica en torno a la codificación de un derecho europeo, no debe ser entendida como la polémica en torno a la armonización, y mucho menos contra la comparación.⁷⁷

En definitiva, quienes se oponen a la armonización, reproducen las posturas de Savigny, relacionando el proceso de unificación con un ritmo natural que el mismo debería tener, y que en definitiva lo tiene.⁷⁸

La oposición que en ciertos círculos europeos se da a la codificación

⁷⁵ El grupo de trabajo está presidido por el profesor italiano G. Gandolfi. Véase la reseña de BRIZZIO, Claudia: "Anteproyecto de Código Europeo de Contratos", *La Ley*, 1.999-C 985-1014, p. 987.

⁷⁶ Hasta ahora, sin resultado concreto, especialmente por la resistencia de que ha sido objeto en varios de los Estados Miembros. Véase, por ejemplo, LEQUETTE, Yves: "Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar", *Dalloz*, 2.002, pp. 2202-2214; GERVEN, Walter Van: "Codifying European Private Law? Yes, if...", *27 European Private Law*, 2.002, pp. 156-176, 163.

⁷⁷ A favor de la codificación del derecho europeo, véase ALPA, Guido: "The European Civil Code: E Pluribus Unum", *14 Tulane European and Civil Law Forum*, 1.999, pp. 1-14. Véase también RABELLO, Alfredo Mordechai: "On the Codification Process", en *id.* (ed.), *The Principles of Unidroit...*, *cit.*, pp. 149-200, 193 y ss.

⁷⁸ LEGRAND, Pierre: "European Legal Systems are not Converging", *45 Int. Comp. Legal Quarterly*, 1.996, pp. 52-81 y 81; *id.*, "Against a European Civil Code", *60 Modern Law Review*, 1.997, pp. 44-63; *id.*, "On the Unbearable Localness of the Law: Academic Fallacies and Unreasonable Observations", *10 European Review of Private Law*, 2.002, pp. 61-76. El paso de una Europa de códigos a un código

no debería ser entendida como una oposición total a todo lo que se identifique con la armonización. Por ejemplo, se puede estar a favor de una ley única para las transacciones internacionales sin que esto implique una adhesión a la idea de reemplazar los códigos nacionales.⁷⁹ Centrar la armonización en términos de código puede hacer llevar a creer que la armonización es un proceso unívoco que debe forzosamente desembocar en una legislación única, y esto no es así.⁸⁰

Si hablamos de un proceso de armonización llevado a cabo sobre un trabajo de comparación, es fácil entonces plantear la cuestión sobre la relación entre aquellos que trabajan en la armonización (“armonizadores”) y aquellos que se interesan en el derecho comparado (“comparatistas”).

I.-c) El enfoque de comparatistas y armonizadores

Se suele escuchar la crítica hacia comparatistas y armonizadores acerca de que ambos trabajan sobre la base esencialmente de un enfoque europeo, lo que se conoce con el nombre de “eurocentrismo” y su actividad se desarrolla sólo en el campo del derecho privado.

1. “Eurocentrismo”

Quien presta atención a la relación que se da entre el derecho comparado y la armonización, puede percibir que ambos campos están imbuidos por características o influencias de lo que podríamos dar en llamar la “cultura jurídica europea”, y más aún lo que se conoce como el “derecho continental”. En buena medida estamos acostumbrados a un derecho comparado occidental en el cual la reflexión sobre otras tradiciones jurídicas no tiene suficiente cabida.⁸¹ Recordemos que el interés por el derecho

para Europa no es ni debe ser entendido como un proceso acotado o como a desarrollar en una sola etapa.

⁷⁹ Tal como lo señala Bonell, una codificación unificada para toda Europa es más difícil de conseguir que una codificación del derecho comercial transnacional. BONELL, Michael J.: “Do We Need a Global Commercial Code?”, *Uniform Law Review*, 2.000, pp. 469-481, 480.

⁸⁰ GERVEN, Walter Van: ob. cit. pp. 156-176.

⁸¹ Véase VAN HOECKE, Mark y WARRINGTON, Martin: “Legal Culture, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a new Model for Comparative Law”, 47 *International and Comparative Law Quarterly*, 1.998, pp. 495-536.

comparado surge en Europa en la segunda mitad del siglo XIX,⁸² y se afirma después del Primer Congreso de Derecho Comparado en 1900, celebrado justamente en París.⁸³

Se sostiene que el “eurocentrismo” del derecho comparado no es geográfico, sino que se manifiesta en una actitud intelectual hacia la comparación caracterizada por la particular relación entre Europa y el resto del mundo. La Europa del siglo XIX, y la de al menos comienzos del siglo XX, fue “exportadora” de sistemas jurídicos; así, países menos desarrollados económicamente y más dependientes culturalmente se volcaron hacia Europa. Los juristas no-europeos vieron a Europa como modelo de comparación y más aún como modelo para adoptar.⁸⁴

Siempre han sido naciones no hegemónicas aquellas que han mostrado una mayor permeabilidad hacia los sistemas foráneos.

Mientras que en los países desarrollados el derecho comparado es un ámbito para los comparatistas, para los países dependientes, el derecho comparado es tomado muchas veces como un elemento de modernización del sistema jurídico, y el uso de fuentes extranjeras ocupa importantes espacios dentro de las academias locales. Lo cual muchas veces se ha traducido en una cierta dependencia cultural.

Tenemos el caso del derecho de Latinoamérica, el cual tradicionalmente basó su derecho privado en modelos europeos. Así, por ejemplo, vemos la clara influencia francesa que hubo en el derecho

⁸² Véase GORLA, Gino y MOCCIA, Luigi: “Profili de una Storia del Diritto Comparato in Italia e nel Mondo Comunicato”, 33 *Rivista de Diritto Civile*. 1.987, pp. 237-262, 240; DE CRUZ, Peter: “Comparative Law in a Changing World”, 2a. ed., London, 1.999, pp. 14 y ss. Muestra de este interés es que empezaron a aparecer revistas de derecho comparado. Así, por ejemplo, en 1.829 comienza a publicarse en Heidelberg el *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*.

⁸³ Sin embargo, quien quiera argumentar que el interés por la comparación no es algo desconocido en Inglaterra, puede mencionar que el British Institute of Comparative Law fue fundado en 1.895. Ya en 1.869, Maine deviene el primer titular del curso de teoría general de historia del derecho y derecho comparado en Oxford.

⁸⁴ Generalmente existe una tendencia a centrar el estudio del derecho comparado en países intelectualmente menos avanzados. SACCO, Rodolfo: “Che cos’è il Diritto Comparato”, Milano, 1.992, p. 30; WATSON, Alan: “Legal Transplants-An Approach to Comparative Law”, 2a. ed., Georgia, 1.993, p. 99.

argentino,⁸⁵ y en las últimas décadas vemos también influencia italiana.⁸⁶ Existe lo que podríamos dar en llamar una “permeabilidad” para recibir ideas jurídicas extranjeras. Así, no es de extrañar que aún hoy, a pesar de que existe una doctrina nacional bien consolidada, baste observar las distintas revistas jurídicas para encontrar artículos con distintos grados de referencia a sistemas o doctrinas extranjeras. También los proyectos de reforma al Código Civil argentino muestran una profunda atención a los modelos comparados.⁸⁷

Paralelamente, también la armonización transita por vías eurocentristas y esto es casi una consecuencia necesaria de una realidad incontrastable: hasta ahora, el marco en donde la armonización ha logrado su más acabado ejemplo, a pesar de todas las dificultades, es la comunidad europea. Si bien los logros son aún parciales, la Unión Europea ha indudablemente avanzado hacia un sistema jurídico basado en la armonización. Se trata de un espacio geográfico que posee una estructura jurídica común y una voluntad política férrea que permite y estimula la convergencia de los sistemas jurídicos. Ese marco y esas condiciones no existen todavía en otros lugares.

Intentos, como el caso del MERCOSUR en Sudamérica, no han logrado llegar a una etapa avanzada de consolidación y de desarrollo del derecho de integración. También en África hay intentos de armonización regional, tales como los que lleva a cabo la Organización para la Armonización del Derecho Comercial Africano.

En el campo del derecho internacional privado en Latinoamérica se

⁸⁵ Sobre todo, hubo una clara influencia de los autores “clásicos”. Menor es en cambio la influencia de los juristas franceses más modernos. Esto se ve en las ediciones más nuevas y publicaciones actualizadas que siguen citando únicamente a los clásicos del derecho francés. Véase, por ejemplo, LLAMBIAS, Jorge Joaquín: “Tratado de derecho civil”, Parte General, 19a. ed., actualizada por P. Raffo Benegas, Buenos Aires, 2.001 (cita a Aubry-Rau, Demolombe, Duranton, Josseland y, aunque no francés, Savigny); ZANNONI, Eduardo: “Derecho civil. Derecho de familia”, Buenos Aires, 2.002 (cita a Ripert Boulanger, Troplong, Planiol, Ripert, etcétera). Probablemente esto es también debido a que la doctrina francesa de hoy trabaja con parámetros distintos a los que tuvo en el pasado.

⁸⁶ LERNER, Pablo: “El Código Civil italiano de 1.942 y las reformas al Código Civil argentino”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, año XXXV, núm. 103, enero-abril de 2.002, pp. 167-195.

han logrado algunos progresos, como por ejemplo los tratados de Montevideo de 1.889 y 1.940, y los trabajos que llevan a cabo las CIDIP.⁸⁸ Pero todo esto no es sino un remedo de lo que sería un verdadero proceso de armonización del derecho latinoamericano. De aquí que cuando los estudiosos buscan material para hablar de armonización deben acudir al léxico europeo.

Tradicionalmente los juristas europeos se han interesado en sistemas jurídicos no-europeos con más interés antropológico que jurídico.⁸⁹ Pero, y si tal como lo explica Mattei, el liderazgo europeo ha cambiado y Europa ha pasado de exportador a importador de ideas, la idea del derecho comparado como eurocentrista debería atravesar hoy día una nueva lectura. El renovado interés por entender culturas jurídicas que no son europeas, y que no son occidentales, da una nueva perspectiva al derecho comparado. Es necesario encauzar la reflexión sobre la armonización hacia perspectivas más amplias y no ubicarla *exclusivamente* dentro del plano jurídico europeo. Si buscamos sistemas que puedan servir como base de análisis para evaluar la convergencia de distintas tradiciones jurídicas, los podemos buscar fuera de Europa, por ejemplo en lo que se conoce como “sistemas mixtos”, en los que encontramos diversas influencias que demuestran que distintas tradiciones jurídicas conviven en un mismo sistema.

Cuando nos referimos a sistemas mixtos, nos referimos a sistemas jurídicos que reúnen elementos de *common law* o de *civil law*.⁹⁰ Tales sistemas pueden servir como laboratorio para estudiar la “cohabitación” de

⁸⁷ Véase el proyecto preparado por ALEGRÍA, Héctor: “Proyecto de Código Civil de la República Argentina”, Buenos Aires, 1.999.

⁸⁸ OPERTI BADAN, Didier: “L’Oeuvre de la CIDIP dans le Contexte du Droit International Privé Actuel”, en Borrás, A. *et al.* (eds.), *E Pluribus Unum-Liber Amicorum George Droz* Hague, 1.996, pp. 269-286; VESCONI, E.: “Hacia un derecho comunitario en el Mercosur”, Yessiou-Faltsi, P. (ed.), *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level*, Thessaloniki, 1.998, pp. 525-541.

⁸⁹ Eximios comparatistas europeos se interesaron en el derecho africano. Tal es el ejemplo del profesor italiano R. Sacco. Sin embargo, se trata de excepciones. El trabajo del profesor Glenn es también un ejemplo de interés en la comparación de culturas jurídicas no europeas. GLENN, H. Patrick: “*Legal Traditions of the World*”, Oxford, 2.000.

⁹⁰ Existe otra acepción, más heterodoxa, del término “sistema mixto”, y es cuando un sistema está formado sobre la base de dos o más modelos, tal como el caso del código civil italiano, que se basa en el derecho alemán y en el francés. Véase BRIZZIO, Claudia: “Anteproyecto de Código Europeo de

tradiciones jurídicas de diferente cuño. Podemos tomar el caso de Israel,⁹¹ Luisiana o Sudáfrica⁹² y ellos nos ayudarán no sólo a entender la armonización “en la práctica” sino que servirán como puente hacia otras tradiciones para sacar al derecho comparado del eurocentrismo.

Existe otro aspecto ligado al argumento de eurocentrismo al que debe prestarse atención. La visión eurocentrista tiene hoy una connotación adicional a la que tuvo en el siglo XIX, en función de la reacia actitud de la academia estadounidense a la comparación y a la armonización. Mientras que para los profesores europeos la integración ha acentuado el interés en la comparación, para la mayoría de los profesores de derecho estadounidense el derecho comparado es, en el mejor de los casos, un campo periférico.⁹³

En esta línea se sostiene que, en definitiva, los principales exponentes del derecho comparado en Estados Unidos de América (EUA) fueron europeos, emigrantes de Alemania, que llegaron a EUA en las vísperas de la Segunda Guerra Mundial a consecuencia de las persecuciones del nazismo, y allí confirmaron su carácter de refugiados, “resguardándose” intelectualmente en el derecho comparado.⁹⁴ Algunos de ellos tuvieron indudable trascendencia a nivel mundial como el profesor Rudolf Schlesinger, pero no pudieron influir en la concepción provincialista que es patrimonio de la doctrina estadounidense. Existen renombrados

Contratos”, La Ley, 1.999-C 985-1014, p. 987; PALMER, Vernon: *Mixed Jurisdictions Worldwide*, Cambridge, 2.001, pp. 7 y ss.

⁹¹ En lo referente al modelo de Israel, véase BARAK, Aharon: “The Tradition and Culture of the Israeli Legal System”, en RABELLO Alfredo M. (ed.), *European Legal Traditions and Israel*, Jerusalem, 1.994, pp. 473-498, 479 y ss.; BARAK, Aharon: “The Civil Code Interpretation in Israel”, en Kellerman, A., Siehr, K. y Einhorn, T. (eds.), *Israel Among the Nations*, La Haye 1.998, pp. 1-34.; RABELLO, Alfredo Mordechai: “Harmonization of Common Law and Civil Law in the Private Law of the State of Israel”, *Israel Reports to the XIII International Congress of Comparative Law*, Jerusalem, 1.990, pp. 1-14; RABELLO, Alfredo M. y LERNER, Pablo: “Israeli Contract Law: a Laboratory for Europe?”, en Espiau, Santiago y Vaquer, Aloy (ed.), *op. cit.*, nota 8, pp. 689-709.

⁹² VAN NIEKERK, Gardiol: “The Convergence of Legal Systems in Southern Africa”, 35 *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 2.002, pp. 308-318.

⁹³ LANGBEIN, John: “The Influence of Comparative Procedure in the United States”, 43 *American Journal of Comparative Law*, 1.995, p. 546.

⁹⁴ LEGRAND, Pierre: “John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: a Dialogue”, *American Journal of Comparative Law*, 1.998, pp. 3-66, 5 y ss.

comparatistas en la doctrina estadounidense,⁹⁵ pero en general la ciencia del derecho comparado está más ligada al entorno jurídico europeo que al estadounidense.

No puede sorprender entonces que las voces que se oponen a la armonización, tomen el caso de los EUA en donde vemos 50 sistemas jurídicos diversos, lo cual demostraría como un país con enorme desarrollo económico puede basarse en una estructura jurídica fundamentada en la diversidad.

Sin embargo, esta afirmación no del todo exacta. Es verdad que *hacia afuera* los EUA no han mostrado un particular interés en el proceso de armonización, quizás en la misma forma que tampoco han mostrado un particular interés en el derecho comparado. No ocurre así *hacia adentro*. En primer lugar salvo el caso de Luisiana, en el campo del derecho privado en todos los EUA se trabaja en un sistema de *common law*.

En todos los EUA impera la misma cultura jurídica. Más aún, el derecho estadounidense está llevando a cabo un proceso de armonización interno que tiene lugar entre otras vías, por medio de los trabajos realizados por la National Conference of Commissioners on Uniform State Law (NCCUSL) y el American Law Institute y que recibe expresión en los *Restatements* y el Uniform Commercial Code.⁹⁶ Además, aún *hacia afuera* se va observando paulatinamente mayor interés en ciertos círculos de la doctrina americana en lo que se refiere a la armonización. Tal es el caso de la colaboración entre el American Law Institute y el Instituto *Unidroit* en la elaboración de los Principios y Reglas Relativos al Procedimiento Civil Internacional.⁹⁷ Se puede confiar que paulatinamente también en este sentido armonización y la comparación dejen de ser campos eurocéntricos.

Establecer nuevos parámetros para el análisis comparativo, adoptar

⁹⁵ Ha habido importantes comparatistas estadounidenses como H. Yntema, y actualmente la academia de EUA cuenta con renombrados profesores de derecho comparado como, por ejemplo: M. A. Glendon (Harvard) o J. Gordley (Berkeley).

⁹⁶ VAGTS, Detlev F: "Harmonizing Divergent Laws: the American Experience", 3 Uniform Law Review, 1.998, pp. 711-720.

⁹⁷ Véanse los comentarios aparecidos en Uniform Law Review, 2.001 (4).

una actitud menos occidental, entender que lo que es derecho para un francés o para un alemán no es lo mismo que para un japonés, no es una cuestión simple. El hecho de que extendamos el estudio sobre la armonización más allá del plano europeo no significa que, en lo que a armonización se refiere, las condiciones que se dan en Europa, para llegar a una convergencia entre los sistemas, sean similares a las que se pueden dar en otras latitudes. Ampliar el marco del diálogo no implica que debamos hacer analogías en todos los casos.

2. “Privatismo”

Es verdad que quien puede ser definido como uno de los fundadores del derecho comparado, Montesquieu, se ocupó de cuestiones que claramente pueden ser definidas como derecho público y que es posible señalar importantes exponentes del derecho público que prestaron atención al derecho comparado.⁹⁸ Aún así, tradicionalmente, el derecho comparado se ha visto ligado al derecho privado.⁹⁹

Se pueden señalar distintas causas a esta tendencia. Seguramente una de ellas es que el derecho privado ofrece un incentivo para la comparación por una natural tendencia a buscar una normativa común en las transacciones internacionales y por el hecho de tener el derecho privado raíces comunes.¹⁰⁰

Por su parte, hablar de la armonización como proceso que se da principalmente en el campo del derecho privado, implica una apreciación que es limitada y generalizante a la vez. Limitada, ya que incluso en Europa donde se ha llegado a un grado relativo de armonización, el proceso se da sólo en *ciertas* áreas del derecho privado, como en el derecho laboral,

⁹⁸ Así, por ejemplo, ESMEIN, Adhémar: “Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé”, París, 1.928; BISCARETTI di RUFFIA, Paolo: “Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato”, Milán, 1.974; CAPPELETTI, Mauro: “Comparative Constitutional Law”, Indianápolis, 1.979. Véase BELL, J. : “La comparaison en Droit Public”, Soc.Leg.Comparé (ed.), Mélanges en l’Honneur de Denis Tallon, París, 1.999, pp. 33-44.

⁹⁹ Esto es así tanto en Europa como en EUA. Véase RHEIMANN, op. cit., p. 639.

¹⁰⁰ La referencia es, desde este momento, respecto al derecho romano.

derecho de seguros o derecho de la competencia.¹⁰¹ En la misma medida que hay materias en las cuales la armonización es casi la consecuencia natural de la misma evolución del campo -tal es el caso de la protección al consumidor, o del derecho de daños en campos nuevos como daños ecológicos-, hay ramas del derecho en los cuales se hace muy difícil llegar a un proceso de armonización. En los hechos no hay todavía armonización en derechos reales¹⁰² o en las sucesiones. La armonización en el campo del derecho de familia es, en el mejor de los casos, fragmentaria.¹⁰³ En definitiva, los principales esfuerzos de armonización se centran en el derecho de las obligaciones y los contratos.

Debemos considerar que en la Unión Europea, con el Tratado de Ámsterdam del 2 de octubre de 1.997 adquieren importancia aquellas cuestiones de índole material del Derecho de Familia, debido a la incorporación de un nuevo Título IV en el TCE dedicado a visados, asilos e inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, insertado, a su vez, en la creación de un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia. Es más, la Constitución para Europa, introduce importantes novedades en esta materia, al hacer referencia de forma expresa a la existencia de una “competencia” comunitaria en materia de Derecho de familia.¹⁰⁴

¹⁰¹ CHRISTAHON-FOTIADI, K. : “Einfluss des europäischen Rechts auf das griechische Zivilrecht”, 53 *Revue Hellénique de Droit International*, 2.000, pp. 277-291, 279.

¹⁰² Aunque sí hay algunos proyectos en tal sentido. Por ejemplo, en el marco del “Grupo de Trento” se realiza un trabajo sobre las garantías mobiliarias. KREIMINGER, E.: *Security on Movables* (en preparación) citado en www.jus.unitn.it/dsg/common-core/books.html.

¹⁰³ MARTINI, D.: “Die Möglichkeit der Vereinheitlichung des Familienrechts innerhalb der europäischen Union”, en MARTINI, D. y WITZLEB, N. (eds.), *op. cit.*, nota 10, pp. 177-189. Una comisión de académicos europeos analiza la posibilidad y las vías prácticas hacia una armonización del derecho de familia. JUPPESEN, Ch. y SUMMER, I.: “Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe”, 11 *European Review of Private Law*, 2.003, pp. 269-272.

¹⁰⁴ En este sentido, un hito de gran relevancia en la llamada europeización del derecho de familia, ha sido la adopción por parte del Consejo del Reglamento 44/2001 del 22 de diciembre del 2.000, sobre competencia y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil así como el Reglamento CE n.º 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2.003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental que deroga el Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo de 2.000, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (Bruselas II) y supone la modificación del Reglamento 44/2001 en lo que se refiere a alimentos.

Sin embargo, tal como sostiene Nicola Catalano, en su Manual de Derecho de las Comunidades Europeas, "... no es necesario al buen funcionamiento del mercado común que todas las diferencias legislativas desaparezcan; es útil, por el contrario, que las diferencias que tienen o que puedan tener una incidencia directa sobre el correcto funcionamiento del Mercado Común desaparezcan o al menos sean gradualmente alteradas".

En este sentido, las dras. Feldstein y Scotti se preguntan si los socios del MERCOSUR pensaron al momento de fijar los fines y objetivos del esquema, muchos de ellos aún pendientes, armonizar las legislaciones en materia de derecho de familia. En definitiva, el interrogante es si hoy, teniendo en cuenta el grado de consolidación institucional aún precaria del MERCOSUR, podemos predicar de esta rama del derecho que es un área pertinente a los fines de requerir su armonización. O bien, si los esfuerzos inmediatos, la exigencia prioritaria es la armonización en materias propias del Derecho Comercial Internacional, y en especial la revisión de las normas MERCOSUR de derecho constitutivo y derivado que aún no se encuentran vigentes o bien que, encontrándose en vigor, no resultan eficaces.¹⁰⁵

Tal como podemos apreciar la situación es muy distinta en el MERCOSUR y en la UE, y ello, es importante destacar, responde a cuestiones de fondo. Si bien, tanto el Tratado de Asunción en su artículo 1° como el Tratado de Roma en el artículo 3° inciso h) se limitan a enunciar como un compromiso asumido por los Estados partes la armonización, la aproximación de las legislaciones nacionales, no como un fin en sí mismo sino al servicio de otras acciones para el logro de los objetivos del área integrada, la Unión Europea, una vez consolidados sus objetivos netamente políticos y económicos, dio un paso más allá. En efecto, a partir de las modificaciones introducidas en el mencionado Tratado de Ámsterdam, en vigor desde el 1 de mayo de 1.999, en los artículos 61 c) y 65 y su coexistencia con el artículo 293, se dio renovado impulso a la armonización

legislativa, ahora en otros ámbitos, entre ellos el Derecho de Familia. El MERCOSUR, en cambio, parece estar hoy muy lejos de cumplir con sus objetivos originarios y por ende, no se encuentra en condiciones de dar aquél gran paso al que se atrevió la UE.

Así, siguiendo a las autoras citadas en sus propuestas realizadas en las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil podemos efectuar unas primeras afirmaciones en el sentido que:

1. *La armonización de las legislaciones en materia de derecho de familia en general es, teniendo en cuenta el aún incipiente grado de integración y consolidación del Mercosur, una empresa por demás ambiciosa. En efecto, esta materia no parece entrar en la categoría de área pertinente para el fortalecimiento del proceso de integración, según el específico compromiso asumido por los Estados partes en el artículo. 1° del Tratado de Asunción.*
2. *Los Estados parte de MERCOSUR deben evitar la recodificación, tratando de capitalizar los esfuerzos alcanzados en el nivel continental, en materias concernientes al Derecho de Familia a fin de no desperdiciar el alto grado de integración jurídica ya alcanzado.*¹⁰⁶

Pero, por otro lado, decir que la armonización es relevante sólo en el derecho privado implica hacer una generalización excesiva. No hay que excluir del proceso de armonización al derecho público. Ciertamente es todavía difícil pensar en una armonización a nivel de sistemas de gobierno, pero la unificación regional y la globalización traen consigo un mayor interés en el análisis comparativo de las distintas estructuras constitucionales¹⁰⁷ y de los derechos fundamentales. A nivel europeo se puede pensar en un cierto nivel de armonización constitucional que viene dado por la misma

¹⁰⁵ FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara y SCOTTI, Luciana: "Armonización Legislativa en materia de Derecho de Familia en el MERCOSUR: el caso de la restitución internacional de menores" XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. 22 al 24 de Setiembre 2.005. Buenos Aires – Argentina.

¹⁰⁶ Propuestas 1 y 2 de la ponencia "Armonización legislativa en materia de derecho de familia en el MERCOSUR: el caso de la restitución internacional de menores" – FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara y SCOTTI, Luciana - XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. 22 al 24 de Setiembre 2.005. Buenos Aires – Argentina.

existencia de principios fundamentales supranacionales a los que están subordinados en tal o cual medida los Estados miembros,¹⁰⁸ más allá que la idea de cooperación económica e interdependencia no puede estar separada de la existencia de valores constitucionales comunes.

Pero, incluso fuera del marco de la Unión Europea, podemos ver una aproximación de los sistemas jurídicos en lo que se refiere a una aceptación de principios fundamentales en el tema de los derechos humanos,¹⁰⁹ o el uso de principios constitucionales como pauta para resolver cuestiones de derecho privado.¹¹⁰

Comparatistas y armonizadores pueden paulatinamente descubrir que no tiene demasiado sentido esforzarse en delinear las fronteras entre el derecho público y el privado, dado justamente la interacción cada vez mayor entre ambos. El derecho comparado debe salir del campo del derecho privado, pues las fronteras entre el derecho público y privado tienden a esfumarse. Esto se hará más evidente en la medida en que la armonización amplíe el espectro de cuestiones de interés común entre los diversos sistemas.

I.-d) Distinción entre la armonización y la comparación

Tanto el comparatista como el armonizador comparan entre distintos sistemas jurídicos. Pero hay una diferencia entre ellos en lo que se refiere al marco de la comparación o, para ser más precisos, al número de sistemas jurídicos que ambos deben tener en cuenta. El comparatista es en cierto sentido más libre que el armonizador, ya que puede elegir su objeto de estudio, los sistemas que prefiere comparar, su número y relación. No así el armonizador, quien guía su trabajo en función de un número amplio de

¹⁰⁷ Véase, por ejemplo, MORBIDELLI, Giuseppe y PEGORARO, L.: *et al.*, *Diritto Costituzionale Italiano et Comparato*, Bologna, 1.995.

¹⁰⁸ Véase la ponencia de CRUZ VILLALÓN, Pedro: "Nationale Verfassungsangleichung zur Stunde Europaäischer Verfassungsgebung", en el *2nd. European Jurists Forum*, Atenas, mayo de 2.003.

¹⁰⁹ Véase BUQUICCHIO, Gianni y GARRONE, Pierre: "L'Harmonisation du Droit Constitutionnel Européen: la Contribution de la Commission Européenne pour la Démocratie par le Droit", *Uniform Law Review*, 1.998, pp. 323-338.

sistemas y debe tratar de encontrar el común denominador entre ellos. El marco armonizador es el que determinará el número de países a tener en cuenta. Esta diferencia influye sobre el trabajo de ambos en diferentes aspectos. Me referiré en particular a dos de ellos: la metodología de trabajo y el uso del lenguaje.

1. La cuestión metodológica

En el derecho comparado, la discusión en torno del método tiene particular importancia.¹¹¹ Desde la época de Montesquieu hasta nuestros días, han habido distintas formas de ver el derecho comparado.¹¹² Se habla de un método comparativo que parte de la definición del problema, la construcción de un perfil y la exposición de una teoría basada en las similitudes o diferencias;¹¹³ aunque esto es relativo, ya que el método del comparatista estará en función del enfoque teórico que pretende exponer. Ahora, mientras el comparatista se guía por el interés en formular una teoría general del modelo que estudia, el armonizador tiene otro enfoque metodológico, ya que toma este marco teórico no como una fórmula a alcanzar sino como punto de partida para su labor.

A diferencia del comparatista, el armonizador no busca redactar una teoría general sino que se nutre de ella. El comparatista no está obligado a escoger. En cambio, el armonizador debe tomar en cuenta que hay soluciones diversas, y debe elegir entre una de ellas, en el caso que exista una solución mejor que otra. Además la armonización aspira a formular una ley que “represente” los distintos sistemas. Y, por lo tanto, la tarea

¹¹⁰Véase RABELLO, Alfredo Mordechai y SARCEVIC, P. (eds.), *Freedom of Contract and Constitutional Law*, Jerusalem, 1.998.

¹¹¹ En lo referente al problema del método en el derecho comparado, véase WATSON, Alan: “Legal Transplants-An Approach to Comparative Law”, 2a. ed., Georgia, 1.993, pp. 1 y ss.; ZWEIGERT, Konrad: “Methodological Problems in Comparative Law”, 7 *Israel Law Review*, 1.972, p. 465; ZASTAY, I., “Problemes Methodologiques de droit Comparé”, en Rolland, M. (ed.), *Aspects Nouveaux de la Pensée Juridique-Recueil d’Études en Hommage à Marc Ancel*, París, 1.975, v. 1, pp. 69-79.

¹¹² Sobre Montesquieu y el derecho comparado, véase RABELLO, Alfredo Mordechai: “Montesquieu and the Codification of Private Law”, en Rabello, A. M. (ed.), *European Legal Traditions and Israel*, Jerusalem, 1.994, pp. 39-53.

¹¹³ MATTEI, Ugo: “The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco: a Study in Legal Influence”, en Riles, A. (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford, 2.001, pp. 238-256, 238; KAMBA, W.: “Comparative Law: a Theoretical Framework”, 23 *International and Comparative Law Quarterly*, 1.974, pp. 485-519.

armonizadora busca obtener cierto consenso. De aquí la idea de que los proyectos de armonización deben ser consecuencia del trabajo de juristas de distintos países. Generalmente estos grupos de armonización están formados por académicos, aunque no faltan también abogados que aportan su experiencia en el ejercicio profesional. En estos grupos se elige un miembro ponente para cada tema y luego su informe es discutido en comisión. Finalmente, el texto propuesto es analizado en lo que sería una sesión plenaria. A veces el texto puede volver del plenario a la comisión para una reelaboración.

La idea de armonizar lleva a buscar formas metodológicas que den la base para este proceso. El derecho comparado se pone al servicio de la armonización y crea marcos metodológicos acordes, tanto en lo que se refiere a la forma de encarar el trabajo comparativo como en la aspiración de encontrar el más amplio común denominador entre distintas tradiciones jurídicas. Una forma particular de encuentro metodológico entre armonización y comparación lo hallamos en el trabajo del llamado Grupo de Trento,¹¹⁴ que continúa el proyecto del *common core* del profesor Rudolf Schlessinger.¹¹⁵ Como es sabido, la idea es reunir a juristas de distintas tradiciones jurídicas quienes, frente a cuestiones similares, formuladas bajo la forma de casos, exponen la solución que el sistema jurídico de sus respectivos países consagra. Este tipo de trabajo pretende poner al derecho comparado “al servicio de la armonización”, con el fin de esclarecer el marco doctrinal que puede servir al proceso de armonización del derecho europeo. Aunque sus objetivos son distintos de los Proyectos de Armonización,¹¹⁶ entre ambos tienen un común denominador: la idea es que todas las sociedades tienen problemas similares, aplican diferentes soluciones pero

¹¹⁴ Sobre al labor del grupo de Trento, véase BUSSANI, Mauro y MATTEI, Ugo ; “Les Fonds Commun du Droit Privé Européen”, 52 *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2.000, pp. 29-48.

¹¹⁵ LEGRAND, Pierre: “John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: a Dialogue”, *American Journal of Comparative Law*, 1.998,“.”; GROSSWALD CURRAN, Vivian: “On the Shoulders of Schlesinger: The Trento Common Law of European Private Law Project”, 11 *European Review of Private Law*, 2.003, pp. 66-80.

¹¹⁶ BUSSANI, Mauro y MATTEI, Ugo: “Les Fonds Commun ... » ob. cit pp. 39 y ss.

llegan a resultados bastante parecidos.¹¹⁷ Un proyecto similar se lleva a cabo en lo relativo al derecho de daños y perjuicios.¹¹⁸ Estos trabajos no plantean un texto armonizador sino que permiten tener una idea de las reglas que imperan en distintos sistemas jurídicos que marchan hacia un derecho unificado.

La importante contribución de estos trabajos no debería llevar a obviar las limitaciones del método.¹¹⁹ Cada uno de los países es representado por un jurista y no siempre la respuesta se puede fijar en los mismos parámetros. La idea de una conclusión final no es más que una imagen del derecho tal como surge de los comentarios, aunque no siempre es claro en qué medida hay un común denominador. No es improbable que incluso el representante de determinado país pueda sentirse inclinado a exponer su postura personal sobre tal o cual tema, sin que su idea sea coincidente con la opinión de la doctrina mayoritaria en su propio país. Además, la síntesis que se obtiene es consecuencia de un “rastreo” que hace el *general rapporteur* de acuerdo al material suministrado por cada uno de los representantes de los países. La elaboración de una teoría jurídica en función de estas pautas está condicionada a la forma en que cada uno de los juristas se aproxima al caso, y no siempre las conclusiones a las que llega el referente nacional con respecto al caso concreto son unívocas.

Los trabajos del tipo *common core* prescinden en gran medida de lo que se entiende como análisis vertical, es decir el estudio basado en la evolución histórica de los sistemas jurídicos. Esto es algo que no debe causar asombro, ya que la armonización asume una cierta perspectiva “ahistórica” observando sistemas jurídicos en un momento determinado (el actual) y prescindiendo de las causas y las circunstancias que llevaron a

¹¹⁷ Hasta ahora se han publicado tres volúmenes: ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon: “Good Faith in European Law”, Cambridge, 2.000; GORDLEY, James: “The Enforceability of Promises in European Contract Law”, Cambridge, 2.001; BUSSANI, Mauro y PALMER, Vernon Valentine: “Pure Economic Loss in Europe”, Cambridge, 2.003.

¹¹⁸ Lo que se conoce como Grupo de Tilburgo. Véase SPIER, Jaap y HAAZEN, Olav: “The European Group on Tort Law (‘Tilburg Group’) and the European Principles of Tort Law”, 7 *ZeUP*, 1.999, pp. 469-493.

cada sociedad a adoptar el texto legal.¹²⁰

2. Los idiomas

Otra de las cuestiones que comparten el derecho comparado y la armonización es la cuestión del idioma. Indudablemente el idioma juega un papel importante en la definición del marco de la comparación¹²¹ y tiene incluso un efecto de arrastre con respecto a la definición del campo de derecho comparado, ya que no pocas veces el jurista elegirá su campo, en función de su dominio del idioma del sistema interesado en estudiar. Es obvio que para profundizar en el derecho musulmán se debe conocer el idioma árabe, y quien se interese en el derecho japonés deberá hacer los pertinentes esfuerzos para aprender esta lengua. Esto, por supuesto, no significa que el comparatista que se interese por culturas jurídicas no occidentales, esté excluido de entenderlas por el hecho de no saber el idioma.¹²²

Sin embargo, la carencia de idioma no es base para negar toda actitud comparativa. En países que tienen lenguaje común (USA-Inglaterra o España-Latinoamérica, por ejemplo) se puede comparar entre sistemas jurídicos conociendo una sola lengua (aun cuando este tipo de comparaciones no siempre ofrece una base teórica amplia, debido justamente a las similitudes culturales, históricas, contextuales, etcétera). De todos modos, no deberíamos limitar la problemática del derecho comparado a una cuestión simplemente idiomática. El idioma es necesario pero no suficiente. Tal como opina el profesor Sacco, no se debe confundir la tarea del comparatista con la de un lingüista.

En el caso de la armonización, el idioma juega un papel preponderante. El problema es que encontrar terminología que pueda

¹¹⁹ Ya el mismo profesor Schlessinger advirtió sobre las limitaciones del método empleado en el proyecto. SCHLESSINGER, *op. cit.*, p. 32.

¹²⁰ Véase *infra* "contextualismo".

¹²¹ Véase SACCO, Rodolfo: "Legal Formants: a Dynamic ..." *ob. cit.* pp. 10 y ss.; *id.*, Introducción al Diritto Comparato, 3a. ed., Turín, 1989, pp. 27 y ss.; GALLO, R.: Grandi Sistemi Giuridici, Torino, 1.997, pp. 35 y ss.; KASIRER, Nicholas: "The Common Core of European Private Law in Boxes and Bundles", 10 European Review of Private Law, 2.002, pp. 417-437.

expresar en forma cabal instituciones de diferentes culturas jurídicas, no siempre es fácil.¹²³ Y por supuesto que no es posible olvidar la cuestión de las barreras culturales, consecuencia de las diferencias idiomáticas.

Como un claro ejemplo de las dificultades idiomáticas en un texto convencional, basta citar uno de los tantos términos que en la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías ha sido objeto de diferentes interpretaciones como ser la expresión “incumplimiento esencial”.

El armonizador debe entender las diferencias de idioma para formular el principio o la norma en términos que sean entendibles y aceptables a todas las partes. La misma decisión con respecto a qué idioma usa el grupo de trabajo puede llegar a afectar la aceptación del proyecto de armonización.¹²⁴

La idea de traducir los proyectos de armonización a la mayor cantidad de idiomas es una decisión acertada,¹²⁵ aunque la traducción por sí sola no soluciona todos los problemas, pues por más exacta que sea la traducción, surgirán preguntas sobre si el significado de tal o cual término tiene el mismo significado en el idioma “a” que en el idioma “b”. No basta con traducir el termino *remedies* aceptado en el derecho anglosajón para que un jurista continental entienda que ello incluye el pago de indemnización por incumplimiento de contrato. ¿Cómo traducir al español el término inglés *consideration*? ¿Se puede encontrar una exacta correlación entre el *trust* y el negocio fiduciario? ¿Es lo mismo la posesión que el *Besitz* del derecho alemán? ¿Cuál es el alcance del término *Geschäftsgrundlage*, usado por el derecho alemán en situaciones en las que juristas hispano-parlantes hablan de excesiva onerosidad sobreviniente y los ingleses de *hardship*? *Contrat* en

¹²² El interesante trabajo del profesor Glenn es una muestra de ello: GLENN, H. Patrik: “Legal Traditions ...”, ob. cit.

¹²³ Sobre el problema de las distintas culturas jurídicas y la terminología, véase, por ejemplo, BONELL, Michael: “An International Restatement ...”, ob. cit.; *id.*, “The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?”, en RABELLO, Alfredo Mordechai: (ed.) pp. 9-19, 12; FLESSNER, A.: “Rechtsvereinheilichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung”, 56 *RabelsZ*, 1.992, pp. 243-260.

¹²⁴ Véase la crítica de un jurista francés al proyecto de Código europeo de Von Bar, debido al hecho que fue preparado exclusivamente en inglés. LEQUETTE, Yves : “Quelques remarques ...”, ob. cit., pp. 2202-2214, 2208.

Francia no es lo mismo que *contract* en el derecho inglés.¹²⁶ Un trabajo comparativo serio y profundo es necesario para sentar las bases de una cultura jurídica común, que es en definitiva el eje en torno al cual gira el proceso de armonización.

Vemos que la cuestión idiomática de determinar un único y preciso concepto, aunque no deba confundírsela, se encuentra estrechamente vinculada con una de las llamadas “cuestiones propias del Derecho Internacional Privado”, como lo es el tema de las *calificaciones*.

3. Las Calificaciones¹²⁷

Calificar es definir los términos o categorías jurídicas empleadas en la norma de derecho internacional privado de acuerdo a un determinado ordenamiento jurídico. Implica precisar el significado y extensión del tipo legal o bien del punto de conexión.¹²⁸

Las normas indirectas o reglas de conflicto, de las cuales especialmente se vale el derecho internacional privado, definen su campo de aplicación mediante conceptos técnico-jurídicos, es decir, definen la esfera en la que ellas habrán de actuar. Pero estas definiciones no siempre coinciden en los distintos ordenamientos jurídicos estatales, como ocasionalmente no coinciden las políticas legislativas de los diversos sistemas jurídicos.

En efecto, cada legislador, también en materia de derecho internacional privado, procura construir el ordenamiento jurídico persiguiendo la satisfacción de determinados intereses, y es en función de ellos que suele elegir los criterios de conexión en las reglas de conflicto. Mas un mismo concepto jurídico, una misma institución, una misma categoría jurídica puede

¹²⁵ Véase, por ejemplo, el caso del *Unidroit*.

¹²⁶ SACCO, Rodolfo: “Formation of Contrats”, en Hartkamp. A. et al. (eds.), *Towards a European Civil Code*, 2a. ed., Hague, 1998, pp. 191-199.

¹²⁷ Para el desarrollo de este tema se siguió el Dictamen preparado desde el Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de San Isidro, de autoría de las Dras. Feldstein de Cárdenas, Rodríguez y Scotti, y que fuera entregado a los representantes del Ministerio de Justicia de la Nación en junio de 2.005.

¹²⁸ BIOCCA, Stella Maris; FELDSTEIN de CARDENAS, Sara Lidia; BASZ, Victoria: “Lecciones de Derecho Internacional Privado – Parte General”. Bs. As. Ed. Universidad – Segunda edición.

asumir contenidos distintos según los diversos principios, intereses que informan al sistema jurídico, al derecho estadual al que pertenece.

Por tales motivos, estos conceptos intrínsecamente tienen suficiente virtualidad como para incorporar diversas categorías, que son las que coinciden precisamente, con las distintas divisiones clásicas del derecho privado: los actos jurídicos, las obligaciones, los derechos reales, las sucesiones, la responsabilidad o bien aspectos e institutos dentro de cada una de ellas, tales como los aspectos extrínsecos de los actos jurídicos, o bien la adopción, la filiación, el matrimonio, la responsabilidad extra-contractual.

Tan delicada situación puede y de hecho sucede frecuentemente, dar lugar a la aparición del denominado conflicto de calificaciones dentro de la teoría general del derecho internacional privado.

Cabe recordar, que para darle solución a este tema, la doctrina francesa supo en una actitud no exenta de cierto pesimismo, proclamar la imposibilidad de llegar a la supresión definitiva de los conflictos de leyes. Llegó a sostener que aún cuando todos los Estados unificasen sus reglas de conflicto y convinieran someter las distintas categorías jurídicas a idénticos criterios de conexión, no por eso se suprimirían todos los problemas derivados de la aplicación del derecho internacional privado.

También se afirmó que todo legislador cuando elabora normas de derecho internacional privado indirectas y consecuentemente declara una ley extranjera competente, restringe tanto su ley interna como su soberanía. Por ello toda remisión de la regla de conflicto debe ser entendida, debe ser interpretada según las calificaciones contenidas en la ley del juez, según la *lex fori*, que son las que el legislador tuvo en la mente al señalar la ley aplicable.

También se hallan quienes en una línea de pensamiento distinta, luego de afirmar que no toda diversidad legislativa entre dos Estados, envuelve necesariamente un conflicto de calificación; es más si así fuera, perdería su eficacia la norma de conflicto, cuyo supuesto previo consiste en la diversidad

de las normas sustanciales vigentes en distintos ordenamientos jurídicos. Aquí es oportuno recordar el célebre silogismo de Raape, que para explicar esta delicada cuestión expresa su teoría como un silogismo donde la premisa mayor es la regla de conflicto, la menor es la norma material, el derecho sustancial y donde el mecanismo de la calificación consiste en que la norma material quede subsumida por la regla de conflicto.

Otros autores, sostienen que el objeto de la norma de conflicto es la norma de derecho material declarada aplicable. Consideran que la propia naturaleza de esa norma no puede ser determinada, no puede ser definida sino por el ordenamiento jurídico al que pertenece, esto es con arreglo a lo que ha dado en llamarse la *lex causae*, no a la *lex fori* cuyas categorías abstractas no pueden responder a la cuestión de saber qué leyes de derecho extranjero pertenecen a tal o cual categoría. De este modo, el verdadero problema de calificaciones aparece en la premisa menor del silogismo, al definir la naturaleza de la norma material aplicable, y esta calificación debe ser hecha por la *lex causae*, por el ordenamiento del que no puede ser apartada, separada, disociada.

Para otra teoría habrá que buscar darle a las categorías abstractas contenidas en las reglas de conflicto, los llamados conceptos de derecho internacional privado, autonomía respecto al derecho sustancial del juez.

Según esta doctrina, la regla de conflicto no se refiere a fenómenos exclusivamente dependientes de la ley del juez, como en el caso del derecho sustancial, sino por el contrario, a un contexto jurídico totalmente o parcialmente extranjero.

Por tal razón, se deben abarcar estos fenómenos y buscar lo que las normas jurídicas tienen en común. Ello resulta posible, según su principal mentor, Ernst Rabel, mediante el estudio comparado de los distintos ordenamientos jurídicos y la consecuente adopción de calificaciones universales, para todas aquellas instituciones que respondan a una misma e idéntica función social.

Sin embargo, ciertas voces se alzaron considerando utópica la aspiración aludida, por lo que forzaron a que el autor alemán marcara la diferencia entre su sistema, que él mismo denominara de *lege lata*, que es un mecanismo interpretativo de los conceptos o categorías abstractas contenidos por las reglas de conflicto de un derecho estadual y un sistema de *lege ferenda*, que representa una ambición, una posibilidad de lograr las categorías universales, unitarias, autónomas de los distintos derechos internos.

Precisamente ante estas teorías extremas, aparece el equilibrio de la doctrina italiana, que sin emplear la distinción de las otras teorías, propugna la consideración del tema en dos momentos: uno, el de la calificación precisa para interpretar la regla de conflicto y dos, la calificación necesaria para determinar la norma de derecho material extranjero aplicable al caso.

El primer momento, le corresponde a la *lex fori*, ya que resulta indispensable esa calificación para determinar la regla de conflicto aplicable, y resulta de toda evidencia que ello debe hacerse con arreglo al derecho estadual al que aquella disposición pertenece. El segundo momento, consiste en la individualización de las normas que deben ser deducidas del orden jurídico extranjero indicado por la regla de conflicto para regular una determinada relación. Tal calificación debe hacerse y le corresponde por el orden jurídico extranjero declarado aplicable, la *lex causae*.

En resumen, para solucionar este clásico conflicto han aparecido una serie de teorías entre las cuales destacan aquellas que sostienen que:

1. La determinación, la definición de los conceptos jurídicos de las reglas de conflicto deben extraerse del derecho material del orden jurídico local. Se parte de la suposición, de la ficción que considera la existencia de una paridad en el tratamiento de las categorías, de las instituciones. La teoría de la *lex fori*.
2. La definición debe ser mediante el auxilio del derecho comparado, es decir la respuesta se extraerá del análisis de los sistemas jurídicos cuya aplicación la regla de conflicto desencadena, que es la que precisamente,

permitirá construir una calificación, una noción universal de la categoría, de la institución pertinente. Este criterio parte de la idea que es posible definir los conceptos jurídicos por un proceso de abstracción, mediante el estudio comparativo de los sistemas jurídicos sustanciales.

3. La calificación, el contenido de los conceptos jurídicos debe encontrarse en el mismo derecho extranjero, es decir recurriendo al propio derecho extranjero al que la categoría o el instituto pertenece. Se parte de la idea que el legislador extranjero que ha incorporado el concepto, la categoría es el más indicado para calificar, para definir, para darle el contenido jurídico al término en cuestión.

4. La solución debe buscarse en la coordinación de las tendencias, mediante el cumplimiento de dos momentos distintos, una primera calificación se hará según la *lex fori*, la otra según la *lex causae*. Esta corriente es la que entiende que la calificación primaria, acerca de los términos de la regla de conflicto, hay que hacerla de conformidad con la *lex fori*; mientras que la calificación secundaria, la relacionada con los términos del derecho extranjero con arreglo al derecho sustancial de ese ordenamiento jurídico. Son los dos pasos que conducen a la solución.

El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado¹²⁹ efectuó una serie de calificaciones autárquicas en su artículo 6, estableciendo asimismo un criterio general de calificación disponiendo que “Salvo disposición en contrario, los puntos de conexión se califican por el derecho argentino. Los demás conceptos utilizados por las normas de derecho internacional privado se definen de acuerdo con el derecho declarado aplicable”.

Dentro de las calificaciones autárquicas que establece, nos interesa particularmente la contenida en el inciso i) del mencionado artículo 6 que textualmente reza: “*procesos de insolvencia son el concurso preventivo, la*

¹²⁹ El mismo fue elaborado por la Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado creada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, mediante Resolución N° 191/02. En forma independiente el Proyecto fue presentado por el Diputado Jorge Reinaldo Vanossi en la Cámara de Diputados bajo expediente 2016-D-2.004.

quiebra, la liquidación coactiva extrajudicial y otros procedimientos equivalentes”.

A su turno, el artículo 44 dedicado a la jurisdicción en materia de insolvencia efectúa una calificación de domicilio del deudor como el “... *centro principal de sus intereses.*”

I.-e) Similitudes y diferencias.

Es usual describir a un sistema jurídico presentándolo como un conjunto de esferas cada una de las cuales incluye dentro de sí esferas interiores, concéntricas. El círculo exterior representa las ideas más generales del sistema y los círculos internos representarían los conceptos más particulares. Para el observador, las similitudes y las diferencias entre las esferas dependerán del lugar desde donde se mire. Desde una óptica general, superficial o externa, las esferas pueden parecer relativamente similares pero en la medida que penetramos en las esferas, las distinciones entre los sistemas jurídicos se hacen más notorias.

Podemos decir que en sistemas que pertenecen a un tronco común (a la misma “familia”) las esferas exteriores serán similares entre sí y disímiles de aquellos sistemas que pertenecen a otra tradición jurídica. Por ejemplo, la idea de formación del contrato en todos aquellos sistemas que vienen del código francés es similar “oferta-aceptación-causa”. En cambio, para el *common law* esa esfera está delineada por el módulo “promesa-consideración”.

En cambio, si analizamos los círculos interiores, el cuadro es más complejo. Un alemán pensará en la oferta como una declaración que es en principio irrevocable, mientras que un inglés o un francés sostendrán que el principio es justamente el contrario: la revocabilidad de la oferta. La idea de revocabilidad de la oferta es similar en el derecho francés e inglés pero distinta en el derecho alemán donde la oferta fue definida en principio como irrevocable. Analizando detalles, podremos encontrar que círculos interiores de sistemas jurídicos cuyos círculos exteriores son disímiles tienen en

determinados puntos instituciones muy similares. Asimismo podemos percibir que las esferas, sobre todo las esferas interiores no guardan una forma determinada. Están en relativo movimiento, van cambiando paulatinamente sus formas en la medida que incorporan ideas de otros sistemas, reforman institutos, etcétera. El derecho no es un fenómeno estático.¹³⁰

Además cada una de estas esferas está configurada por distintos elementos o “materiales”, que son los que constituyen el armazón jurídico: la ley, la jurisprudencia, las prácticas o los usos. Así, en determinados sistemas, la solución es consecuencia de la práctica judicial, mientras que en otros la solución es consecuencia de la actividad del legislador.

Parece bastante lógico concebir la armonización en términos de similitudes y el derecho comparado más en términos de diferencias. Comparar para ver lo que es distinto, armonizar sobre la base de lo similar entre sistemas. Sin embargo, desde los comienzos del derecho comparado moderno vemos que ambas actitudes se han ido intercambiando. En el pasado, el derecho comparado se concentró más en las diferencias, hoy, se basa en la similitud justamente como consecuencia de la necesidad de armonizar. Encontrar el común denominador facilitará, a aquellos que se dedican al comercio internacional, la elección del sistema jurídico más conveniente. Son muchas veces las diferencias, justamente, las que ayudan a ver qué es lo que las distintas culturas jurídicas tienen en común.¹³¹

El armonizador busca delinear un perfil común que permita salvar las diferencias entre los sistemas jurídicos. He aquí que aquellos que se oponen a la armonización, señalan justamente que las diferencias entre los sistemas jurídicos son las que facilitan el intercambio. Frente a la idea de transacciones comerciales más rápidas y fáciles a causa de una homogeneidad normativa, se hace necesario entender que llevar distintos sistemas jurídicos a un régimen unificado implica costos. Si bien es verdad

¹³⁰ SACCO Rodolfo: “Introduzione al ...”, ob. cit. p. 165.

que distintos sistemas jurídicos dificultan las transacciones, también es verdad que esta diversidad facilita un cierto tipo de “competencia” entre los sistemas jurídicos, estimulando la mejora, incitando a los legisladores nacionales (a través del derecho comparado) a buscar soluciones mejores. Un mundo armonizado puede significar un anquilosamiento de los sistemas jurídicos y limitar las opciones con que los factores del comercio internacional pueden contar en sus negocios. Los inversores pueden elegir su sistema y el sistema nacional obligado a competir con otros sistemas va a buscar respuestas más eficientes.¹³²

Todas estas opiniones que sin duda pueden tener cierto grado de verdad no pueden borrar otras consideraciones, como por ejemplo que en cuanto los comerciantes tienen una base legal común se logra un tráfico más acelerado y eficiente. La comparación no está en contra de la eficiencia, sino por el contrario pretende dar una ley armonizada que sea eficiente pues combina adecuadamente las mejores soluciones de los distintos sistemas jurídicos.

Pero más aún, es necesario entender que el hecho de existir diferencias entre los sistemas jurídicos no asegura que se pueda elegir entre una solución intrínsecamente mejor que la otra. Aquellos que se oponen a la armonización, parecen imaginar las diferencias entre los sistemas, en términos de blanco y negro. Y esto no es así. Al comparar sistemas diversos, encontraremos similitudes o diferencias según observemos la letra de la ley (en sentido formal o material) o la solución a la que el jurista de tal o cual sistema llega frente al caso concreto. De esta manera, podemos distinguir cuatro posibilidades:

I.- Normativa similar- el mismo resultado:

Si dos o más sistemas tienen la misma ley y llegan al mismo resultado, la armonización es natural, obvia.

¹³¹ GORDLEY, James: “Is Comparative Law a Distinct Discipline?”, 46 American Journal of Comparative Law, 1.998, pp. 607-615.

II.- Normativa similar – distinto resultado:

El problema es que, el mismo texto jurídico no asegura la misma solución. En este caso hay una distinción clara entre los sistemas,¹³³ y en este caso la adopción de un texto armonizador significa que uno o más sistemas reemplacen la normativa vigente.

III.- Normativa diferente- el mismo resultado:

Aquí la armonización está en un estadio latente. Podemos ver que muchas veces se trata de diferencias semánticas,¹³⁴ o de la construcción jurídica que se usa para llegar a la solución.¹³⁵

IV.- Normativa similar - distinto resultado:

Este caso incluye en realidad dos alternativas. Una es que dos o más sistemas jurídicos reconozcan un instituto, pero le otorguen un significado distinto.¹³⁶ Esta es una situación bastante similar al caso II.

Pero hay otra posibilidad más compleja aún y es la que plantea una incógnita para la armonización. Es el supuesto donde las leyes son similares pero su *aplicación* es distinta. El artículo 1427 del Código italiano y el 1109 del Código francés se refieren a la anulabilidad del contrato por error, dolo o violencia. El texto es similar pero las consecuencias en cada uno de los países no siempre son coincidentes. Todos los sistemas establecen la ingratitud como causa de revocación de las donaciones, pero mientras que en algunos la ingratitud se aplica tanto a la promesa de donación como a la donación efectuada, hay otros en los cuales la revocación vale sólo para el

¹³² Véase PROCACIA, U.: "An International *Ius Commune* from an Economic Perspective", en Rabello, A. M. (ed.), *The Principles of Unidroit and Modern National Codifications*, Jerusalem, 2.001, pp. 119-137.

¹³³ Tomemos el caso de la fundación: hay sistemas en los que se define como una forma de fideicomiso y no posee personalidad jurídica, mientras que en otros sí tiene personalidad jurídica. Véase LERNER, Pablo: "The Legal Profile of Foundations in Germany and Israel", *Israel Law Review*. Otro ejemplo: en determinados sistemas la fundación es irrevocable, pero en cambio es revocable (al menos en casos particulares) en otros. Tal el caso de Grecia en donde el fundador puede llegar a revocar una fundación en el caso que él se empobrezca.

¹³⁴ El derecho continental utiliza el "enriquecimiento sin causa", para llegar a soluciones similares a las que llega el *common law* a través de lo que se conoce como *Restitution*.

¹³⁵ En los sistemas en los que la idea de excesiva onerosidad (*hardship*) no está expresamente aceptada, los tribunales se basan en el principio de la buena fe. Tal, por ejemplo, es el caso de Israel.

¹³⁶ El artículo 1382 del Código Civil italiano, y el artículo 404 del Código Civil griego, se refieren a la cláusula penal, a pesar de que las consecuencias que surgen de la cláusula penal en tales países no son exactamente las mismas.

caso de la promesa. Además, las circunstancias que constituyen ingratitud varían de una sociedad a otra.

Entonces surge la siguiente pregunta: si hoy tenemos sistemas que con la misma norma llegan a resultados distintos, ¿quién puede asegurar que la situación sea distinta después de la armonización? He aquí una de las incógnitas de la armonización, ya que la adopción de textos similares no asegura soluciones similares, en razón que en todo sistema la solución al caso concreto no es consecuencia de la ley, **sino de la interpretación que se le da a la ley.**

De aquí que para entender el sistema jurídico no baste con conocer la ley y sea necesario conocer la jurisprudencia. Es dable opinar que una misma ley no asegura el mismo derecho en diferentes latitudes y no habrá un derecho totalmente unificado si no hay una instancia judicial superior que unifique el derecho y probablemente la dinámica de la armonización lleve a plantear la necesidad de contar con jurisprudencia unificada.

En este sentido no está de más recordar la tarea que hoy realiza el Tribunal de la Comunidad Europea, que por intermedio de los *preliminary rulings* fija principios de validez general en el territorio de la Unión. Esto no significa que debamos entender la armonización en un sentido de unificación total del derecho, y que todo proceso de armonización deba contar como premisa con la existencia de un tribunal de casación. No debe dejarse de tener en cuenta que textos armonizadores, como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, no establecen un tribunal único.

Cuando la interpretación que un determinado tribunal le otorgue a un texto unificado sea muy distinta a la interpretación aceptada en otras jurisdicciones, esa diversidad puede ser considerada arbitraria o irrazonable. La idea de jurisprudencia unificada no debe ser descartada como uno de los pasos en el camino hacia una unificación del derecho, aunque la existencia de tribunal unificador exige superar no pocos problemas, empezando por la

cuestión de la legitimidad.¹³⁷

De todos modos, de materializarse, se tratará de un paso que se dará después de haber transitado por etapas que aún parecen lejanas.

En este sentido, es necesario recordar que los proyectos armonizadores tienen un propósito relativamente modesto: buscan un común denominador y no un marco exclusivo y excluyente. Buscan integrar “texto” y “contexto”.

I.-f) Textualismo y contextualismo

Podemos definir al textualismo como un análisis basado en el texto jurídico, en la regla jurídica (*rule of law*)¹³⁸ y como contextualismo al análisis basado en las distintas circunstancias políticas, económicas, etcétera que condicionan o influyen en la aplicación del texto.

En el estudio del derecho comparado vemos que se plantea una dialéctica entre lo que definiríamos como una actitud textualista frente a una actitud contextualista.¹³⁹ La actitud contextualista puede ser vista como una reacción contra un seguimiento literal o excesivo apego a los textos legales, apego que hace que el derecho comparado muchas veces se perfile como “legislación comparada”, y la necesidad de evitar un excesivo formalismo ha hecho que busque una visión interdisciplinaria. Así, por ejemplo, Salleiles, Lambert o, en nuestra época, Sacco¹⁴⁰ encuadran sus análisis desde un punto de vista sociológico; Gordley, Zimmermann o Stein han basado sus investigaciones en una visión histórica,¹⁴¹ haciendo hincapié en la evolución de los sistemas jurídicos y en una búsqueda de las raíces en el derecho

¹³⁷ Así, por ejemplo, si pensamos en el espacio jurídico europeo, un tribunal de este tipo exige una reforma del marco convencional en el que está basada la Unión Europea.

¹³⁸ LEGRAND, Pierre: “John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: a Dialogue”, *American Journal of Comparative Law*, 1.998, pp. 9, 33.

¹³⁹ EWALD, William: “Legal History and Comparative Law”, *Zeus P*, 1.999, pp. 553-559.

¹⁴⁰ Sobre el carácter interdisciplinario véase también SACCO, Rodolfo: “Introduzione ...”, ob. cit. pp. 162 y ss.

¹⁴¹ Véase, por ejemplo, la relación entre derecho comparado e historia del derecho en la doctrina estadounidense en REIMANN, Mathias y LEVASSEUR, Alain: “Comparative Law and Legal History in the United States”, 46 *American Journal of Comparative Law*, 1.998 (Supp.), pp. 1-16; y FLESSNER, Axel: “Die Rechtsvergleichung als Kundin der Rechtsgeschichte”, *ZeusP*, 1.999, pp. 513-519.

romano.¹⁴² Sin duda influenciados por tendencias que vienen del derecho americano, vemos que el derecho comparado transita los senderos trazados por el 'law and economics',¹⁴³ el análisis feminista del derecho¹⁴⁴ y el *critical legal studies*,¹⁴⁵ escuela según la cual el uso del derecho comparado debe ser un instrumento crítico, casi "subversivo".¹⁴⁶

Se sostiene que lo mejor en este punto es evitar actitudes extremas. Un excesivo contextualismo puede hacer llegar a quitar el sentido a la comparación, tal como ocurre con la corriente denominada "post modernista",¹⁴⁷ que niega prácticamente el derecho comparado debido a que el derecho comparado prescinde —de acuerdo a esta concepción— de las particularidades que tiene cada sistema jurídico. El "postmodernista" se vuelca hacia un marco intelectual marcado por la búsqueda de un discurso alejado de lo abstracto, inclinado hacia los sentimientos, a lo fugaz, a lo local y entonces la comparación pierde importancia.

Aunque la doctrina mayoritaria no comparta este enfoque, sí se

¹⁴² GORDLEY, James: "The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine", Oxford, 1.991; también STEIN, Peter: "Legal Institutions: the Development of Dispute Settlement, London, 1.984; y también ZIMMERMANN, Reinhard: "The Law of Obligations", Cape Town, 1.990; *id.*, "Savigny's Legacy. Legal History, Comparative Law and the Emergence of a European Legal Science", 112 Law Quarterly Review, 1.996, pp. 576-605; *id.*, "Roman Law, Contemporary Law, European Law-The Civilian Tradition Today", Oxford, 2.001. Existe ciertamente una estrecha relación entre el análisis histórico de los sistemas jurídicos y la actitud comparativa. La formación de un sistema jurídico y sus posteriores cambios se dan en un determinado marco que de una forma u otra será consecuencia de una determinada evolución histórica.

¹⁴³ Véase MATTEI, Ugo: "An opportunity not to be missed: the Future of Comparative Law in the United States", 46 American Journal of Comparative Law, 1.990, pp. 709-718, 714 y ss.; *id.*, Comparative Law and Economics, Ann Harbord, 1.997; *id.*, Basic Principles of Property Law: a Comparative legal and Economic Introduction, Westport, 2.000. Véase también GROSSWALD CURRAN, Vivian: "Dealing with the Difference: Comparative Law's Potential for Broadening Legal Perspectives", 46 American Journal of Comparative Law, 1.998, pp. 657-668, 663.

¹⁴⁴ Véase COSSMAN, Brenda: "Turning the Gaze Back on Itself: Comparative Law, Feminist Legal Studies, and the Postcolonial Project", Utah Law Review 1.997, p. 525.

¹⁴⁵ En un mundo de armonización y convergencia, la función crítica del derecho comparado cobra una importancia creciente. Así y todo debemos ser prudentes para no crear una excesiva correlación entre el critical legal studies en el derecho estadounidense y el derecho comparado que plantea una perspectiva de análisis distinta.

¹⁴⁶ La idea ha sido desarrollada por distintos juristas europeos y americanos. MUIR WATT, Horatia: "La Fonction Subversive du Droit Comparé", Revue Internationale de Droit Comparé, 2.000, pp. 504-527; FLETCHNER, G.: "Comparative Law as a Subversive Discipline", 46 International and Comparative Law Review, 1.998, pp. 683-700.

¹⁴⁷ JAYME, E.: "Osservazioni per una Teoria Postmoderna della Comparazione Giuridica", 43 (1) *Rivista di Diritto Civile*, 1.997, pp. 813-829; ZACCARIA, Alessio: "Il Diritto Privato Europeo nell'Epoca del Postmodernism", GERBENS J.: *et al.* (ed.), *Mélanges Franz Sturm*, Liege, 1.999, v. 2, pp. 1311-1333; PETERS, A. y SCHKENK, H.: "Comparative law beyond Post-Modernism", 49 International and Comparative Law Quarterly, 2.000, pp. 800-834.

considera que el derecho comparado no puede ser entendido en un sentido puramente textualista. Un derecho comparado estrictamente textualista, o si se quiere legalista, puede sonar como algo vacío y carente de la suficiente perspectiva.

Los proyectos armonizadores son básicamente “textualistas”. Ese textualismo en la armonización no es simplemente una variable metodológica sino el resultado del trabajo obtenido; en el caso de la armonización, el producto es justamente el texto. Pero si bien el trabajo de la armonización se basa en una búsqueda de fórmulas de transición que no tienen por qué reflejar procesos históricos o pautas sociales o económicas, no plantea un textualismo que prescinde del contexto, sino que por el contrario es un textualismo que está destinado a apoyarse e integrarse en el contexto.

De aquí que el texto característico de los proyectos de armonización, recibe la forma de lo que se conoce como “*soft law*”, es decir expresado en normas cuyo contenido es “flexible”, no detallista, y su campo de aplicación no del todo preciso. Se trata de una normativa abierta, compuesta en gran medida por estándares o principios generales que deben ser en definitiva llenados o completados con las decisiones judiciales.¹⁴⁸

Tal como se señaló anteriormente, el hecho de que haya un texto único no resuelve las posibles divergencias con respecto a su interpretación. Y aquí entonces entra en juego lo “contextual”: el contexto legal y no menos importante, el contexto cultural, social y económico donde se vaya a aplicar la norma en cuestión. Un *texto* único no implica un *derecho* único. Tal es el caso de la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías que recibe diferentes interpretaciones. Un caso claro es el de la “buena fe”, fórmula que aparece en distintos sistemas jurídicos y es recogido por los distintos proyectos de armonización.¹⁴⁹ La aceptación del principio no

¹⁴⁸ LANDO, Ole: “Principles of European Contract Law-An Alternative or a Precursor of European Legislation”, 56 *RabelsZ*, 1.992, pp. 261-273, 269.

¹⁴⁹ Véase Principios Unidroit, art. 1.7; PECL, art. 1.201. ZIMMERMAN, Reinhard y WHITTAKER, Simon: “Good Faith ...” ob. cit.

es tan problemática como sí lo es llegar a una interpretación uniforme. El uso de la buena fe en el *common law* es distinto del uso de la buena fe en el derecho continental,¹⁵⁰ y entonces un juez alemán interpretará la idea de buena fe en forma distinta de la que lo interpreta un juez inglés o francés.¹⁵¹ Encontrar un común denominador en la buena fe no significa que haya forzosamente soluciones similares. Son dos dimensiones: la textual y la contextual, y el jurista local —y particularmente el juez— es en definitiva el puente entre ambas. La interpretación del *texto* —buena fe— dependerá del *contexto* en el que sea aplicado.

¹⁵⁰ Véase SMITS, Jan: "The Making of European Private Law", Antwerp, 2.002, p. 199.

¹⁵¹ En los códigos civiles de primera y segunda generación la buena fe objetiva, como regla de conducta que acompaña a la *lex privata* y que inspira el comportamiento de las partes y el contenido de las relaciones contractuales queda relegada al menos en apariencia a un segundo término cumpliendo una función subsidiaria, en el mismo orden y con el mismo rango que el derecho dispositivo.

Sin embargo el planteamiento subjetivista que se atribuye a los códigos civiles de primera y se la segunda generación no impide, como ya vimos, que la doctrina y la jurisprudencia hayan construido una teoría objetivista del contrato, pues no en vano en todos ellos se reconoce que los efectos jurídicos surgidos del contrato no derivan únicamente de la voluntad contractual.

Los códigos civiles de la tercera generación, como ser el Código Suizo de las Obligaciones y el BGB alemán, se prescinde de la causa, apartándose de la doctrina del derecho común pretendiendo volver a la pureza del derecho romano, se reconoce la autonomía privada pero la voluntad contractual o negocial no crea directamente el contrato o el negocio, sino que se subsume en los tipos creados por la ley. Así la referencia a la buena fe cobra un significado mucho más importante.

Sin pretender agotar el tema podemos referir, sólo a modo de ejemplo, algunas disposiciones en el derecho comparado receptoras de la buena fe en distinta medida.

En el derecho colombiano, el código de comercio en el artículo 871 dispone que "los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural". Igualmente el artículo 863 dispone: "Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen".

El artículo 2320 del Código Civil colombiano, establece: "El que de buena fe ha vendido la especie que se le dio como debida, sin serlo, es solo obligado a restituir el precio de la venta, y a ceder las acciones que tenga contra el comprador que no le haya pagado íntegramente".

Similares términos son los del artículo 1272 del Código Civil peruano.

El artículo 168 del CCPer. establece "El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe".

El artículo 9-1 de la AGBG (ley alemana de condiciones generales) del 9/XII/1.979, establece que las disposiciones de aquellas son ineficaces cuando desfavorezcan en contra de la regla de la buena fe, de modo desmesurado a la parte contractual aherida.

En el derecho inglés se considera que cuando las partes entran en negociaciones, lo hacen bajo el entendido de que están asumiendo un riesgo en el cuál pueden perder de manera repentina que no es incorrecto interrumpir arbitrariamente las negociaciones, ni negociar con varias partes al tiempo, sin hacerle saber a las demás de esta situación.

En el derecho norteamericano el artículo 1203 del Código de Comercio Uniforme (UCC) la buena fe tiene un significado más extenso aunque asimilado a la "honestidad" o al "trato justo". Ver nuestro trabajo "La buena fe en los negocios internacionales: Una aproximación a la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías". Publicado en www.elDial.com – Suplemento de Derecho Internacional Privado. 2.003

De aquí que este particular textualismo, el *soft law*, sea la mejor manera de superar las diferencias producto de los distintos contextos culturales, económicos, etcétera, que deben cohabitar bajo un mismo marco armonizador. Este tipo de legislación no debe ser entendida solamente como una reacción a una casuística excesiva que pretendiera regularlo todo, sino como el intento de crear un marco que permita combinar diferentes tradiciones jurídicas, cada una de las cuales está inserta en un contexto económico, cultural, etcétera. Los proyectos armonizadores se topan con la necesidad de adoptar una terminología que sea aceptable a distintas tradiciones jurídicas y evitan el uso de terminología que sea demasiado peculiar a tal o cual sistema jurídico.¹⁵²

La armonización busca “principios generales”, búsqueda que justamente se nutre de la metodología comparatista.¹⁵³ En los sistemas nacionales, el recurso a los principios generales es sobre todo un recurso interpretativo destinado a solucionar los problemas de las lagunas del derecho. Para el juez nacional, la puerta que se abre hacia los principios generales lo lleva al área de la discreción judicial, que se aplicará de acuerdo a las circunstancias del caso y en la medida que no encuentre la solución en la legislación o en la analogía. En cambio, cuando el armonizador busca pautas generales, él busca encontrar la fórmula que pueda servir como común denominador a las culturas jurídicas que estudia.

La cuestión de formular la armonización —y la subsiguiente codificación— en forma de principios generales, puede llegar a darle a los textos armonizadores un contenido simbólico, más que normativo, ya que en definitiva la normatividad va a depender de la interpretación que se le dé, la cual puede variar de lugar a lugar. El consenso a lograr a través de principios generales puede desdibujar los objetivos de la armonización. La

¹⁵² SMITS, Jan: “The Making of ...”, ob. cit. 2.002, p. 35.

¹⁵³ Ya en el primer congreso de derecho comparado en París se planteó entre los objetivos del derecho comparado la búsqueda de principios generales. MERRYMAN, John Henry: “On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law”, en *id.* (ed.), *The Loneliness of the Comparative Lawyer and other Essays in Foreign and Comparative Law*, The Hague, 1.999, pp. 17-49, 37.

solución viene dada por un texto ecléctico que pretende ser un compromiso entre distintas tradiciones jurídicas. Muchas veces, la solución es una especie de *trade off* entre distintos sistemas. Tomemos, por ejemplo, el artículo 2.4 (2) de los Principios *Unidroit*. Allí vemos que la oferta irrevocable es reconocida a partir de una declaración unilateral siguiendo la fórmula del derecho italiano (y aceptada también en otros sistemas continentales), pero a renglón seguido vemos también el *reliance* de acuerdo al estilo del *common law*.¹⁵⁴

Teniendo en cuenta las diferencias entre las distintas soluciones jurídicas, el textualismo de la armonización no hará desaparecer la necesidad de investigar el contexto.

I.-g) De lo analítico a lo normativo

El comparatista pretende desarrollar un análisis de las soluciones estudiadas, elaborar una teoría jurídica o a lo mejor simplemente criticar su propio sistema jurídico a la luz de otras experiencias, pero el comparatista no se pretende ver como legislador. El comparatista no pretende cambiar o remodelar los sistemas jurídicos que estudia sino entenderlos. El papel del derecho comparado es ayudar a explicar la ley.¹⁵⁵ El derecho comparado no plantea un marco normativo sino de descripción, de análisis.

La tarea del armonizador es distinta. Su objetivo es formular un texto que llegue a ser derecho positivo, ya por que sea aceptado por tales o cuales países, bien porque las partes de un contrato voluntariamente se refieren a él, o al menos el juez lo toma como elemento para la interpretación.

Los principios armonizadores (como los del *Unidroit* o los PECL) y las

¹⁵⁴“La oferta no podrá revocarse 1) si ella indica que es irrevocable, ya sea señalando un plazo fijo para su aceptación o por darlo a entender de otra manera; 2) si el destinatario pudo considerar razonablemente que la oferta era irrevocable y ha procedido de acuerdo con dicha oferta”.

¹⁵⁵ De acuerdo con lo expuesto por el Manifiesto de Trento: “Comparative law, understood as a science, necessarily aims at the better understanding of legal data. Ulterior tasks such as the improvement of law or interpretation are worthy of the greatest consideration but nevertheless are only secondary ends of comparative research”. WATSON, Alan: “Legal Transplants-An Approach to Comparative Law”, 2a. ed., Georgia, 1.993, p. 4.

Leyes Modelo no tienen fuerza obligatoria. Su objetivo es llegar a ser derecho positivo a través de su adopción por las partes de un contrato internacional, o en una dimensión más amplia, debido a la adopción por los Estados que acepten reemplazar el orden jurídico existente por el nuevo orden previsto en estos principios. Estos principios tienen lo que podríamos llamar una “pretensión normativa”, son normativos en potencia. Esta forma de armonización descentralizada basa su éxito en la adopción voluntaria.

Tales principios son armonizadores en potencia y comparatistas en esencia. Su fuerza normativa está basada en la elección de las soluciones más apropiadas, elección que es consecuencia de una labor comparativa. Y es justamente aquí donde lo descriptivo y lo normativo se entrelazan. Estos proyectos armonizadores, más que establecer un derecho nuevo, *describen* el derecho existente, o lo que se ve como un común denominador del derecho existente. Más que delinear una nueva *lex mercatoria*, declaran y definen más claramente la existente. Más que establecer un marco normativo, estos proyectos vendrían a contener una descripción de lo que es derecho vigente en los distintos países de Europa,¹⁵⁶ o en diversas latitudes (en el caso del *Unidroit*). No se trata de la adopción de una nueva normativa, sino de reelaborar la normativa existente en función del análisis comparativo.

Así, es común sostener que más que código (en el sentido europeo-continental de la expresión) se parezcan estos proyectos a los *Restatements* estadounidenses. También los *Restatements* fueron redactados como proyecto “privado” del American Law Institute y pretenden reflejar el derecho estadounidense, tal como fue reflejado en la jurisprudencia. Incluso, si observamos los *Restatements* estadounidenses y los Principios *Unidroit* vemos una clara similitud formal, presentados ambos con *black letter*, notas y comentarios. En ambos casos la aceptación del texto depende de factores que son ajenos a aquellos que lo elaboraron: en el caso del *Restatements* por la jurisprudencia americana, en el caso del *Unidroit*, por los comerciantes y las legislaturas nacionales que pueden usarlo como modelo.

Sin embargo, la idea de los *Restatements* cumple una función distinta de los proyectos de armonización, ya que están dirigidos a los jueces¹⁵⁷ y no pretenden servir como modelo para la legislación futura de los EUA.¹⁵⁸ Los *Restatements* estadounidenses son un trabajo de comparación, pero se trata de una comparación entre las soluciones de jurisdicciones que responden a una misma tradición jurídica. Los *Restatements* vienen a unificar jurisprudencia en el fondo de una cultura jurídica común, la cultura jurídica del *common law*.

Esta situación no se presenta en Europa, y por supuesto no a nivel transnacional, donde encontramos diferencias conceptuales, terminológicas y operativas, en cantidad que no se encuentra dentro de los EUA. Si existe un *common core* dentro de Europa, y aún fuera de Europa, éste es mucho más pequeño que aquel que existe dentro del derecho estadounidense. Los principios armonizadores, o los proyectos de Código Unificado para Europa, no vienen a desarrollar un *Restatement* de un derecho común y no actúan sobre la base de una cultura jurídica común, sino precisamente contribuyen a crearla a través de este trabajo comparativo.

Este aspecto de la armonización por la vía de principios no es menor. Al ir desarrollando esa cultura jurídica común, basada en la aceptación de principios comunes que pueden ser similares o distintos del derecho existente en cada uno de los sistemas comprendidos por la armonización, el derecho comparado ingresa paulatinamente en el mundo de lo normativo. Aun cuando estos principios no son todavía derecho positivo, ellos van dando la base para la formación de un derecho unificado, consecuencia de una elaboración comparativa. Así como en el pasado los sistemas jurídicos recibieron soluciones de otros sistemas, actualmente la fuente de la legislación armonizada es la comparación.

¹⁵⁶ MICHAELS, Ralf : "Privatautonomie und Privatkodifikation", 62 *RabelsZ*, 1.998, pp. 580-626.

¹⁵⁷ Los Principios *Unidroit* o de la Comisión Lando (PECL) no están dirigidos a los jueces, pero esto no quita que los tribunales nacionales puedan usarlos como base para interpretar tal o cual norma legal.

I.-h) Armonización, trasplantes y derecho comparado¹⁵⁹

Modelos extranjeros han sido siempre incorporados por diferentes culturas jurídicas, sea por imposición, colonización o por la simple búsqueda de soluciones que son consideradas mejores o técnicamente superiores. La distinción entre recepción *ratione imperii* o *imperi ratione* surgió mucho antes que se hablara de armonización o unificación del derecho. No es posible reconocer un sistema jurídico que sea puro, es decir que esté totalmente libre de influencias extranjeras, de la misma manera que no es dable pensar en un sistema jurídico que no tenga ningún rastro de particularidad. Los sistemas jurídicos evolucionan sobre la base de imitaciones o transferencias de un sistema a otro.¹⁶⁰ Sistemas jurídicos como el de Japón, que hasta el siglo XIX eran impermeables a casi toda influencia extranjera, no son fáciles de encontrar ahora.¹⁶¹ El hecho de que ciertos modelos hayan servido para la codificación, muestra la permeabilidad de los sistemas.¹⁶² La mayoría de los sistemas jurídicos nacieron sobre la base de un tronco común, y de aquí la idea de “familias de derecho” acuñada por Rene David. Desde este punto de vista, la comparación siempre estuvo presente.

La teoría de Watson sobre los trasplantes legales,¹⁶³ afirma que los sistemas jurídicos van evolucionando sobre la base de elementos tomados o trasladados de otros sistemas. Las instituciones, las soluciones, incluso podríamos decir las ideas, son transplantadas de un sistema jurídico a otro. Históricamente, la idea de trasplante se ha dado a través de la adopción de

¹⁵⁸ En este punto sería más adecuada la comparación con el UCC estadounidense, el cual sí es modelo para la legislación estatal.

¹⁵⁹ LERNER, Pablo: “Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos”. www.juridicas.unam.mx

¹⁶⁰ SACCO, Rodolfo: “La Circolazione del Modello Giuridico Francese”, 41 Rivista di Diritto Civile, 1.995, pp. 513-523.

¹⁶¹ Japón, que hasta el siglo XIX fue una de las culturas más cerradas, adoptó el derecho alemán y después de la Segunda Guerra Mundial adoptó modelos americanos. Muchas de las soluciones jurídicas que nosotros descubrimos en ciertos sistemas jurídicos no son sino trasplantes de situaciones existentes en otros sistemas, debido a distintas circunstancias no precisamente ligadas a las características del sistema receptor. En Sudáfrica hay influencia del derecho escocés, ya que a Escocia acudían estudiantes sudafricanos becados.

¹⁶² Por esto, el derecho francés es para un argentino mucho más entendible que el derecho alemán o que el *common law*.

una tradición o cuerpo jurídico, o a través de la adopción de determinados institutos.

Es decir, tenemos un sistema (generalmente se trata de un sistema dominante) que proyecta sus instituciones hacia otros sistemas jurídicos que los adoptan:

Esquema I

Tradicionalmente, los trasplantes se dieron de modelos “dominantes” hacia sistemas “permeables” a influencias extranjeras. En este esquema surgen claramente modelos que han tenido primacía. Tal es el caso del Código francés, del BGB o, en distinta medida, el *Codice Civile* (que él mismo estuvo influenciado por los anteriores modelos). Así, por ejemplo, el Código francés fue adoptado por Bélgica e influyó en el modelo español. El Código Civil alemán deja su huella en el Código de Grecia, de Brasil o de Japón.

Se dio una clara división entre países que exportan ideas o instituciones y países que las importan, cuando claramente hay culturas jurídicas que tienen primacía y son principalmente exportadoras, mientras que otras son importadoras. En muchos casos la adopción no respondió a un criterio jurídico determinado sino que fue producto de circunstancias políticas y sociales.¹⁶⁴

La diferencia hoy radica en que ahora el modelo a tomar no es de tal o cuál sistema jurídico, sino que la *comparación* es la que da las bases del

¹⁶³ WATSON, Alan: “Legal Transplants-An Approach...”, ob. cit. 1.993. El profesor Watson aporta varios ejemplos, tal como la recepción del derecho romano en Escocia (pp. 45 y ss.). Véase también MERRYMAN, John Henry: “On the Convergence ...”, ob. cit. p. 28.

¹⁶⁴ Tomemos el caso del derecho griego. Después de la independencia de Grecia, surgió la idea de adoptar los códigos franceses. Tal provisión figuraba incluso en las primeras Constituciones de este país. Sin embargo, el derecho civil griego se volcó hacia la pandectística alemana, lo que finalmente motivó que el Código Civil griego de 1.940/46 esté basado en el modelo del BGB. Ello sucedió porque a partir de 1821 los juristas griegos empezaron a buscar el derecho bizantino “nacional”, lo encontraron por intermedio del *Corpus Juris*, comentado por los pandectísticos alemanes. A esto se le debe sumar el hecho de que un príncipe bávaro fue coronado rey de Grecia (1.835), trayendo a su corte juristas alemanes que obviamente influyeron para que el nuevo Estado adoptara el derecho alemán. Esta influencia continúa hasta hoy. Véase YIANNPOULOS, Athanassios.: “Historical Development”, en Kerameus, K., y Kozyke, Ph. (eds.), *Introduction to Greek Law*, 2a. ed., Deventer, 1.993, pp. 1-12; SONTIS, J.: “Das Grieschische Zivilgesetzbuch im Rahmen der Privatrechtsgeschichte der Neuzeit”, 78 Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (romanische Abteilung), 1.961, pp. 355-385.

transplante. La comparación empieza a tener un aspecto *normativo*. Ya no es el legislador el que va a buscar en la comparación su fuente de inspiración para hallar una solución adecuada. Ahora es la comparación la que ofrece un producto propio, llamado armonización. Sistematizando las similitudes y cerrando la brecha entre las diferencias se obtiene un texto que es comparativo por excelencia. Ese “nuevo” modelo de transplante se basa en la existencia de recíprocas influencias entre los sistemas, influencias que coadyuvan para la realización de un modelo común. Ya no es claro cuál es el sistema jurídico dominante, pues todos los sistemas tienden a nutrirse cada vez más de la misma terminología y a trabajar sobre la base de los distintos modelos. La distinción entre sistemas jurídicos dominantes-exportadores y sistemas jurídicos importadores-receptores tiende a hacerse difusa.

Esquema II ¹⁶⁵

Ese texto va siendo adoptado (y a la vez también adaptado) por distintos sistemas jurídicos y por diversos factores del comercio internacional. Se produce así un transplante que no es ya de un modelo nacional a otro modelo nacional, sino del modelo armonizador al derecho nacional.

Por ejemplo, el código tipo iberoamericano de derecho procesal, el cual no tiene fuerza de ley pero sirve como modelo.¹⁶⁶ Los PECL y los principios de *Unidroit* van sirviendo de modelo a legisladores en distintas partes del globo.¹⁶⁷ Los textos armonizadores no se presentan como un texto obligatorio sino *voluntario* para ser seguido por legisladores o mediadores. El valor de tales textos es servir de modelo y no derecho positivo. El nuevo

¹⁶⁵ Aquí vemos que tanto sistemas que en el pasado se definían como exportadores y sistemas que fueron tradicionalmente importadores, contribuyen ahora a la consolidación de un derecho común que va a recibir expresión en los principios. Estos principios sirven de base para la reelaboración legislativa, que como en el caso anterior del esquema I, no es una reelaboración uniforme, sino que tal o cual sistema va introducir otras reformas. La armonización no es un proceso cerrado.

¹⁶⁶ Así, en el caso del Uruguay. Véase Código General del Proceso en Uruguay (1.989). STORME, M.: “Procedural Law and the Reform of Justice: from Regional to General Harmonization”, *Uniform Law Review*, 2.001, pp. 763-777, 767.

código civil de Lituania se basa en el *Unidroit*. El Código de Quebec presenta no pocos puntos de contacto con el proyecto *Unidroit*.¹⁶⁸ Los proyectos de reforma del código argentino prestan debida atención a la convención de Viena. Un interesante ejemplo lo da la reciente reforma al BGB, que entró en vigencia el 1o. de enero del 2.002. Los juristas alemanes han llevado a cabo una amplia reforma del código en materia de derecho de las obligaciones.¹⁶⁹ Esta reforma tiene la particularidad de recibir las enseñanzas de la jurisprudencia (el caso más claro es el de aceptación expresa de la responsabilidad precontractual), pero también adaptar soluciones al derecho de la Convención de Viena sobre Compraventas Internacionales y a la normativa europea en la materia. A pesar de que el proceso de reforma al Código alemán empezó mucho antes de la publicación de los Principios *Unidroit* o los principios de la Comisión Lando, los mismos fueron tomados en cuenta durante los tramos finales de la preparación de la reforma¹⁷⁰ y de aquí el hecho de que no se deba desestimar la influencia de los mismos en la configuración de la nueva normativa alemana.¹⁷¹ Ciertamente es que no faltan diferencias entre el nuevo texto del BGB y los PECL.¹⁷² Sin embargo, en

¹⁶⁷ BASEDOW, J., "Uniform Law Conventions and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts", *Uniform Law Review*, 2.000, pp. 129-139.

¹⁶⁸ Véase CRÉPEAU, P.: "The Unidroit Principles of International Commercial Contracts", en Rabello, A. M. (ed.), *The Principles of Unidroit and Modern National Codifications*, Jerusalem, 2.001, pp. 21-61.

¹⁶⁹ Véase, por ejemplo, BERGER, op. cit., nota 61, pp. 894 y ss.; Schmidt-Räutsch, J., *Das Neue Schuldrecht*, Köln, 2.002, pp. 7 y ss.; LORENZ, Stephan y RIEHM Thomas: "Lehrbuch zum Neuen Schuldrecht", München, 2.002; HELDRICH, A.: "Modernization of the German Law of Obligations: Harmonization of Civil Law and Common Law in the Recent Reform of the German Civil Code", ponencia en la conferencia *Comparative Remedies for the Breach of Contract*, Universidad de Tel Aviv, 2-6-02; CIAN, Giorgio: "Significato e Lineamenti della Riforma dello *Schulrecht* Tedesco", 49 *Rivista di Diritto Civile*, 2.003, pp. 1-18; CANARIS, Claude-Wilhelm.: "La Mancata Attuazione del Rapporto Obbligatorio: Profili Generali. Il Nuovo Diritto delle Leistungsstörungen", 49 *Rivista di Diritto Civile*, 2.003, pp. 19-38; LANDO, Ole: "Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts", 67 *RabelsZ*, 2.003, pp. 231-245.

¹⁷⁰ ZIMMERMANN, Reinhard: "Breach of Contractual Remedies under the New German Law of Obligation", Rome, 2.002, p. 51.

¹⁷¹ LANDO, Ole: "Das neue ...", ob. cit. p. 234.

¹⁷² Por ejemplo, en lo que respecta a la responsabilidad pre-contractual (*culpa in contrahendo*), o en la normativa sobre responsabilidad por incumplimiento de contrato. El derecho alemán distingue entre contratos 'normales' (*normalen Verträgen*) y contratos de responsabilidad estricta o moderada (*strengere oder mildere Haftung*). Esta distinción no aparece en los PECL, que se guían por el principio que la responsabilidad contractual es estricta. Véase LANDO, Ole: "Das neue ..." ob. cit. p. 241.

muchos casos la solución es similar¹⁷³ o a veces las diferencias teóricas no son tan significativas en el plano práctico.¹⁷⁴ Pero más allá de las similitudes o diferencias, es dable destacar que esta reforma sea analizada a la luz del derecho comparado y vista desde la perspectiva de un futuro derecho europeo. La misma idea expuesta por el Ministerio de Justicia alemán en el sentido de que la reforma al BGB servirá de base a un futuro Código Europeo¹⁷⁵ nos habla claramente de una tendencia, que podríamos llamar de apertura hacia la armonización, aún cuando la misma todavía no encuentre los marcos legales (ni políticos) para materializarse plenamente.

Paulatinamente, en forma directa o indirecta, esta armonización descentralizada se va incorporando a los sistemas jurídicos y va haciendo que las diferencias entre los derechos nacionales vayan desapareciendo. Con la armonización, el papel del derecho comparado ya no juega solamente como elemento informativo, o incluso como componente crítico del pensamiento jurídico, sino como una base funcionalista de reelaboración de la legislación nacional.

Este proceso constituye un nuevo tipo de recepción: *la recepción del derecho comparado*. Y aquí Lerner utiliza el término recepción con un doble significado: tanto en el sentido en que los sistemas jurídicos reciben el fruto de la comparación a través de los proyectos armonizadores, y también en el sentido de que el derecho comparado adquiere una relevancia particular y es recibido como un mecanismo de análisis y modernización del sistema jurídico. Este particular tipo de transplante refleja la dinámica que se va desarrollando entre los sistemas jurídicos como consecuencia de la armonización. Es una recepción que se va dando paulatinamente como consecuencia de la necesidad de armonizar y de entender que la

¹⁷³ El texto reformado del BGB establece ahora que el hecho que la obligación asumida en el contrato sea imposible no transforma al contrato en inválido (art. 311a I). Esta solución es conforme a los PECL. (art. 4:102). ZIMMERMANN, Reinhard: "Breach ..." ob.cit. p. 32.

¹⁷⁴ Por ejemplo, la demanda por daños, en el BGB, está ligada a la noción de culpa (art. 275). En los PECL, para que no haya responsabilidad del deudor, la no prestación debe ser a consecuencia de circunstancias que el deudor no pudo prever y que estuvieron fuera de su control. (arts. 9:501(I), 8:108). Véase ZIMMERMANN, Reinhard: "Breach ..." ob. Cit. p. 18.

¹⁷⁵ ZIMMERMANN, Reinhard: "Breach ...", ob. cit. p. 9.

comparación en definitiva ofrece soluciones buenas, equilibradas, coherentes, aunque por supuesto no perfectas ni absolutas y también, en muchos casos, opinables. Este tipo de recepción, como cualquier otro en un sistema jurídico, encuentra oponentes y no hay en esto nada nuevo. Como es sabido, el profesor Legrand¹⁷⁶ se opone a la posibilidad de armonizar sistemas jurídicos, debido a las diferencias entre ellos, diferencias que no son sólo conceptuales sino que se dan también en el plano de la mentalidad. Ya antes de Legrand, autores como Kahn-Freund expusieron sus reservas a la armonización desde la óptica sociológica.¹⁷⁷ Paradójicamente, ambas posturas a favor y en contra de la armonización tienen algo de razón. Ambos enfoques no son irreconciliables y dependen de la postura que se adopte, macro o microcomparación.¹⁷⁸

Para el comparatista, la diferencia de mentalidad no debería representar un obstáculo para un proceso de armonización basado en el desarrollo de una teoría comparatista sino un desafío para observar dónde están las diferencias y dónde las similitudes, sin llegar a reduccionismos absolutos. No se puede negar que hay diferentes formas de entender el derecho entre, por ejemplo, un jurista inglés y uno francés. Pero este dato por sí solo no alcanza para definir una postura en contra de la armonización, ya que si centramos la cuestión de la armonización en la mentalidad cómo se explica que países distintos hayan adoptado soluciones legales pertenecientes a sociedades que poco o nada tienen que ver con la mentalidad adoptada. El caso de Turquía, que adoptó la legislación suiza, es quizás el más claro: ¿Tienen los turcos la misma mentalidad de los suizos, cuyo derecho civil adoptaron? No debe dejarse de notar que la teoría de Legrand se concentra en las diferencias entre el *common law* y el *civil law*.

¹⁷⁶ LEGRAND, Pierre: "The Impossibility of Legal Transplants", 4 Maastrich Journal of European and Comparative Law, 1.997, pp. 111 y ss.; id. "European Legal Systems are not Converging", 45 Int. Comp. Legal Quarterly, 1.996, LEGRAND, Pierre: "The Return of the Repressed: Moving Comparative Legal Studies Beyond Pleasure", 75 Tulane Law Review, 2.001, pp. 1033-1051, 1045.

¹⁷⁷ KAHN-FREUND, Otto: "On Uses and Misuses of Comparative Law", 37 Modern Law Review, 1.974, p. 1.

¹⁷⁸ ZONGLING, Sh.: "Legal Transplants and Comparative Law", 51 Revue Internationale de Droit Comparé, 1.999, pp. 852-857.

¿Y qué hay entonces con respecto a los países que pertenecen al *civil law*? ¿Entre ellos no hay problemas de mentalidad? ¿Tienen los belgas la misma mentalidad que los franceses? Con o sin armonización, comerciantes de distintas partes del mundo mantienen un fluido intercambio, a pesar de la diferencia en la mentalidad.¹⁷⁹

Podemos decir entonces que, la armonización no supone el cambio de mentalidad ni una total uniformidad en las condiciones socio-económicas del lugar cuyos derechos pretenden armonizarse, de la misma manera que el euro no supone la existencia de las mismas condiciones económicas en todos los países de la comunidad europea, y ni siquiera dentro de cada uno de los países.

I.-i) La armonización legislativa, la integración y el Derecho Internacional Privado.

Los aspectos jurídicos de la integración van adquiriendo una especial relevancia, dado que las normas de derecho vigentes en los Estados que deciden emprender un esquema de integración, se han revelado, como ha señalado la doctrina, como un factor primordial para alcanzar sus objetivos.

En efecto, ellas pueden actuar como obstáculos o como resortes que impulsan el progresivo desarrollo del proceso encarado.

Ello implica la necesidad de elaborar soluciones que, acordes con los propósitos de las partes, hagan de las normas instrumentos funcionales y ágiles destinados a facilitar y reglar las relaciones que se anudan dentro del ámbito regional.¹⁸⁰

Es altamente perjudicial la disparidad de soluciones legislativas en materia de insolvencia internacional o transfronteriza en general y en cuanto al salvataje en especial ya que ello, considero, condicionará la radicación de

¹⁷⁹ Y esto, sin hablar sobre la idea de *lex mercatoria*, concepto difuso pero que pone de manifiesto la posibilidad de normas aceptadas en diferentes partes del mundo.

¹⁸⁰ FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L.: "El Derecho Internacional Privado y los Procesos de integración regional". Revista Síntesis Forense No. 85. Colegio de Abogados de San Isidro.

inversiones extranjeras en el área y constituirá un serio obstáculo para su desarrollo.

“La falta de previsibilidad sobre cómo se administrará una eventual insolvencia transfronteriza, obstaculiza el flujo de capitales y desincentiva la inversión transfronteriza”.¹⁸¹

En este especial contexto aparece el Derecho Internacional Privado como instrumento insustituible en materia de integración jurídica.

El derecho internacional privado se desarrolla en tres ámbitos: el nacional, el internacional y el comunitario. Su objeto es más amplio que la sola determinación de la ley aplicable y la jurisdicción competente, ya que tiene por objeto regular relaciones jurídicas internacionales o comunitarias, y utiliza tanto normas directas como normas indirectas.¹⁸²

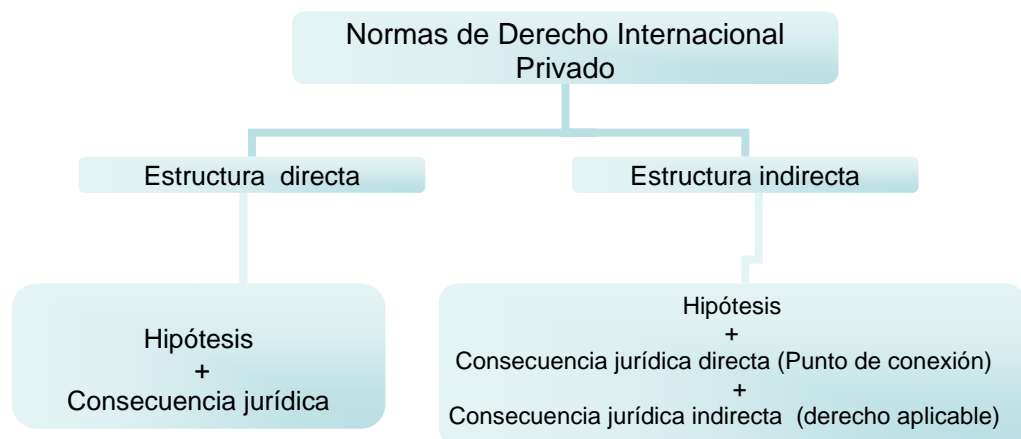
El derecho internacional privado utiliza tanto normas directas como normas de estructura indirecta para el cumplimiento de su finalidad que constituye la regulación de las relaciones jurídicas internacionales que posean, de manera evidente, ostensible u oculta, un elemento extranjero y que involucren o afecten el interés particular.¹⁸³

No obstante esta afirmación, en el ámbito regional son preferentemente utilizadas las normas directas por resultar más adecuadas para la regulación de las relaciones dentro de los espacios integrados, ya que se requiere una mayor uniformidad en los criterios de regulación por parte del derecho sustancial o de fondo, que en las relaciones jurídicas internacionales en general.

¹⁸¹ Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Insolvencia Transfronteriza.

¹⁸² BIOCCA, Stella Maris: “Ley aplicable y tribunal competente en el sistema del MERCOSUR” – Mesa Redonda desarrollada como contribución académica para las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil por el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Edición del Colegio de Escribanos de la Capital Federal. 1.993, p 108.

¹⁸³ BIOCCA – CÁRDENAS – BASZ: “Lecciones de Derecho Internacional Privado – Parte General”. Ed. Universidad – 1.997.



El derecho internacional privado está llamado, dentro de los procesos de integración, 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.

Así pues, existe una recíproca como delicada interdependencia entre el derecho internacional privado y los denominados procesos de integración regional. Ciertamente, esta relación depende de la intensidad de la integración, toda vez que el grado de compromiso asumido por los Estados en cada esquema, es el que determina el nivel de influencia en el derecho en general y en el derecho internacional privado en especial.

Esta aseveración indica que en algunos procesos, como el de la zona de libre comercio o la propia unión aduanera, no influye de una manera tan incisiva en las reglas jurídicas nacionales como en los casos de mercado común o unión económica. Así las formas más débiles o incipientes de integración afectan principalmente, el régimen de importaciones y de exportaciones y por ende la tarifa aduanera. El mercado común al suprimir las fronteras para permitir la libre circulación de personas, capitales, bienes y servicios, afecta aspectos fundamentales de la soberanía estatal, entre las que destacan, entre otros:

- a. La condición de los extranjeros,

- b. El régimen jurídico de los comerciantes y las sociedades,
- c. La regulación de los conflictos.¹⁸⁴

Cabe destacar que no es lo mismo que el objetivo sea liberar paulatinamente los intercambios comerciales o establecer un régimen tarifario de preferencias, que fijar como objetivo instaurar un sistema que implique la cesión, la transferencia, el abandono, de prerrogativas fundamentales de la soberanía de los Estados comprometidos.

Del mismo modo, en lo que respecta a los métodos aptos de armonización legislativa, cabe señalar que la integración jurídica es una consecuencia necesaria para el fortalecimiento de los procesos de integración económica; y en algunas áreas, tal el caso del MERCOSUR, se presenta como un compromiso asumido por los Estados vinculados al esquema, donde se hace necesario discernir el mecanismo, el método de formulación normativa que se va emplear para lograr dicha armonización.

En la evaluación de la tarea desarrollada por las diversas comisiones técnicas del MERCOSUR efectuada por Biocca resalta una débil conciencia de derecho internacional privado, ya que prevalece, en la metodología que emplean para la elaboración normativa, en el mejor de los casos, la que es propia del derecho internacional clásico, pero no la específica del derecho comunitario.

Así continúa, “tratan de alcanzar soluciones igualitarias para los cuatro Estados, pero no fortalecen el sentido de comunidad. Esto, en definitiva, es lo propio del derecho internacional común. Tanto es así que un Estado puede participar amplia y vigorosamente en un congreso o convención internacional, pero su Parlamento a posteriori no ratifica la norma e impide así su aplicación es ese Estado. En cambio, en la formación del derecho comunitario es esencial que los representantes que integran el órgano comunitario se sustraigan de la tentación de imponer su solución nacional y

¹⁸⁴ RUIZ DIAZ LABRANO, Roberto: “Hacia un tribunal de carácter supranacional en el Mercosur”. Temas del Mercosur. N°3. Silvia Jardel. Fundación Andina. 1.997.

formulen la regla comunitaria para la comunidad y con el fin de proteger los intereses comunitarios”.¹⁸⁵

Básicamente, se ha llegado a comprender que en los espacios integrados rige una suerte de pluralismo metodológico, que permite utilizar indistintamente las normas que, según la materia a disciplinar, sean las más idóneas para alcanzar los objetivos deseados, pertenezcan a uno u otro tipo.¹⁸⁶

En este último aspecto, conviene resaltar que la técnica normativa elegida no es un tema menor, en la medida que se corre el riesgo que el sistema adquiera un grado de complejidad y dispersión que entorpezca, o que imposibilite aprehender o emprender todo análisis jurídico de una determinada materia.

Ciertamente, dentro de la Unión Europea se han preguntado los autores especializados acerca del papel que está llamado a desempeñar el derecho internacional privado en un entorno más o menos armonizado.¹⁸⁷ Precisamente, la uniformidad que han calificado como puramente fragmentaria, insatisfactoria, parcial, sectorial, permite vislumbrar un amplio campo de juego al derecho internacional privado; de hecho sostienen, que conduce directamente al mismo.¹⁸⁸

¹⁸⁵ BIOCCA, Stella Maris: “Ley aplicable y tribunal competente ...” ob. cit. p 109.

¹⁸⁶ Las realizaciones en materia de asistencia y cooperación jurisdiccional que han sido aprobados siguen la metodología del empleo de las normas indirectas, sin perjuicio de introducir también reglas directas. En este sentido destaca, el Protocolo de Buenos Aires de 1.994 sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual y el Protocolo de Santa María de Fortaleza de 1996 sobre Jurisdicción en materia de relaciones de consumo, entre otros.

¹⁸⁷ ESPLUGES MOTA, Carlos S: “Nuevas Perspectivas en el Proceso de Armonización.”, Revista de Derecho Comunitario, Rubinzal, p. 487.

¹⁸⁸ REICH, N.: “Richtlinien un Internationales Privatrecht”, en LAGARDE, P. Y VON HOFFMANN, L. Ob. Cit. 110/111, cita tomada de ESPLUGUES MOTA, C. Ob. Cit.

Título II

Distintos tipos de armonización

- a) Precisiones conceptuales básicas.
- b) Los métodos de armonización legislativa.
- c) Distintos tipos de armonización en el ámbito territorial: Armonización – Coordinación - Aproximación – Armonía Legislativa – Uniformidad Legislativa.

En el ámbito regional -y en materia de integración jurídica- la cuestión principal a tener en cuenta no es discernir la ley aplicable a la relación jurídica a través de una norma indirecta, sino la formulación del derecho de la integración constituido por normas sustanciales, normas directas. Ello tiene suficiente virtualidad como para aumentar la certidumbre jurídica que precisan quienes habitan y operan dentro de las áreas integradas.

De ahí que si bien, como ya referimos, de manera genérica se habla siempre de armonización legislativa, técnicamente, en las áreas integradas - y siempre dependiendo del tipo o modelo de integración elegido- habrá que propender no solamente a la *armonización* de los criterios de distribución de competencias legislativas a través de la adopción de idénticos puntos de conexión, sino a una técnica de un nivel superior de intensidad, de mayor compromiso, como es la *unificación* del derecho a regir en el territorio integrado.¹⁸⁹

No ha de olvidarse qué en una concepción general de lo que se entiende por armonización, porque pueden llegar a confundirse distintos niveles que van desde la coordinación pasando por la aproximación, por la armonía legislativa, hasta llegar al punto de máxima que es la unificación o uniformidad. Pero tampoco desconocemos que hay materias que se prestan

¹⁸⁹ FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L.: "Armonización legislativa en las áreas integradas" Texto de la Mesa Redonda. Revista Temas de Derecho Privado N° XII, Departamento de Derecho Privado, publicación del Colegio de Escribanos de la Capital Federal. 2.000.

más fácilmente a la armonización, mientras que otras presentan mayor dificultad.

II.- a) Precisiones conceptuales básicas

La instalación de un esquema de integración significa el acrecentamiento de los intercambios comerciales y la posesión de bienes en los distintos Estados que lo componen. Sin duda, que la mayor utilización del crédito puede aumentar las posibilidades de crisis de los agentes económicos; razón por la cual, se plantea la necesidad de armonizar las legislaciones en una materia de especial delicadeza. Así pues, como oportunamente veremos, los textos normativos pueden inclinarse por desarrollar las soluciones siguiendo los sistemas que tradicionalmente se han disputado la preeminencia en la regulación de las quiebras internacionales, la unidad o la pluralidad, la extraterritorialidad o la territorialidad, o bien, elegir la vía de los sistemas combinados o mixtos.¹⁹⁰

Mas resulta prioritario en esta materia como en muchas otras, ponernos de acuerdo acerca de la terminología que emplearemos en este trabajo, así como el significado y el alcance que le asignamos a la referida armonización legislativa.

Por un lado cabe señalar que si bien los términos "armonización" y "unificación" suelen ser empleados en forma indistinta, es sin embargo, como hemos visto, necesario que ambos vocablos sean diferenciados, dado que tienen distinto alcance. Una verdadera unificación podría implicar la adopción de un texto común, de tratados, de convenciones internacionales, y en ocasiones hasta su aplicación directa por los tribunales locales o su revisión por un tribunal supranacional.

Por ello, el concepto de armonización se presenta caracterizado por su mayor flexibilidad y no necesariamente por implicar la adopción de un texto uniforme. Así pues, observamos que en materia de integración jurídica

hay escalas, grados que van desde la coordinación, la armonización, la aproximación hasta llegar a la unificación.

II.- b) Los métodos de armonización legislativa

La armonización legislativa constituye uno de los mecanismos necesarios para lograr seguridad jurídica en el orden internacional, por lo que cobra especial relevancia para el desarrollo de las relaciones internacionales en el marco del mundo globalizado y es condición indispensable para el funcionamiento de los procesos de integración y “un proceso de integración puede ser operativo y funcionar en la medida que los marcos jurídicos sean adecuados, y ello se logra con la armonización legislativa...”.¹⁹¹

En el área de la disciplina del derecho internacional privado cuando se alude a la armonización legislativa se suelen distinguir básicamente dos métodos, que además son modalidades de codificación:

- ❖ La armonía legislativa y
- ❖ La uniformidad legislativa.

El primer método, el de la armonía legislativa, mediante el empleo de las típicas normas de derecho internacional privado indirectas o reglas de conflicto, tiende a la adopción de los criterios jurídicos rectores de las relaciones jurídicas internacionales involucradas. La norma de conflicto a través del punto de conexión elegido, designa el derecho aplicable a la relación jurídica en cuestión, mas se caracteriza por mantener inalterables los derechos sustanciales de los Estados.

Por el contrario, el segundo método, la uniformidad legislativa es una forma de armonización legislativa de mayor alcance, de mayor profundidad, ya que el legislador mediante el arbitrio de normas directas, normas sustanciales, normas materiales, regula directamente las relaciones jurídicas

¹⁹⁰ Este tema como manifestamos precedentemente, constituyó el objeto de la investigación en curso dentro del ámbito de la UBA, que contó con un subsidio del Plan Ubacyt 1998-2000, antes mencionado.

¹⁹¹ BASZ, Victoria: Mesa redonda N° 8 sobre “Armonización legislativa en áreas integradas” organizadas por el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de

internacionales involucradas, con virtualidad suficiente para alterar los derechos sustanciales de los estados que en ella participan.

Habrá quienes afirmen que resulta inconveniente atenerse a definiciones estrictas sobre lo que es coordinación, armonización y unificación de legislaciones porque puede ponerse en peligro la realización de los objetivos concretos; mas existe consenso de que la intensidad de la aproximación varía según las materias a regular o el estado (o estadio) de los derechos regionales o de integración.

Así se ha podido sostener que hay aspectos donde la integración es perfectamente conciliable con una disparidad de las legislaciones internas; por el contrario, hay otros donde será necesario dejar atrás lo que algunos califican de coordinación o armonización para llevar a cabo una verdadera unificación.¹⁹²

II.-c) Distintos tipos de armonización en el ámbito territorial

Verdad es que, estos vocablos pueden ser empleados de forma amplia y de manera estricta. Así pueden encerrar distintos peldaños que requieren o no, ser transitados: armonización, coordinación, aproximación, unificación.¹⁹³

ARMONIZACION

En un sentido amplio, diremos que cuando se habla de armonización se alude a las técnicas para determinar el régimen jurídico de las relaciones de derecho internacional privado; precisamente se trata de uno de los instrumentos funcionales que se emplean para el logro de los objetivos perseguidos.

Buenos Aires, publicadas en Temas de Derecho Privado XII. Revista del Colegio Escribanos de la Capital Federal. 2.000.

¹⁹² CEREXHE, Etienne: "Los aspectos jurídico-económicos de la integración europea". Derecho de la Integración, N  16. Cita tomada de CZAR de ZALDUENDO, Susana: "Empresas Binacionales Argentino Brasileñas", Revista de Derecho Industrial, Año 13, N  38. Depalma. Argentina. p. 343.

¹⁹³ En la Unión Europea no se ha hecho una distinción precisa entre armonización y aproximación legislativas. En general se emplean de forma indistinta en los tratados y el Tribunal de Justicia tampoco se dedicó a esclarecer esta delicada cuestión. S  lo ha hecho la doctrina de los autores.

El concepto de "armonización" (*rapprochement* o *Angeleichung*) resulta flexible por no implicar necesariamente la adopción de un texto uniforme; ya que se refiere, más bien a una simple aproximación de criterios jurídicos, apoyándose en bases, leyes modelos, o doctrina común, que pueden servir de punto de partida para que los legisladores y jueces nacionales puedan coordinar el enfoque jurídico de un conflicto de intereses determinado".¹⁹⁴

COORDINACIÓN

Consiste en efectuar algunas modificaciones en las legislaciones internas buscando únicamente marcar líneas generales comunes. Se trata de un nivel mínimo de nivelación jurídica.

APROXIMACIÓN

Consiste en el escalón más alto en la relación de las legislaciones internas, y se realiza a través de la búsqueda de líneas específicas, particulares comunes. Cabe señalar que la aproximación de las legislaciones dentro de los esquemas integrados como la Unión Europea, se ha llevado a cabo con un claro criterio funcional cuidadoso de las exigencias del proceso de unión económica. Todo intento de ir más adelante en el proceso de aproximación de legislaciones de los sistemas jurídicos de los Estados Miembros, puede escapar a los objetivos inmediatos del proceso de integración económica, y en concreto a la competencia de las instituciones comunitarias.¹⁹⁵

ARMONÍA LEGISLATIVA

Consiste en la coincidencia de las reglas electivas de leyes entre dos o más soberanías legislativas para solucionar las cuestiones de Derecho internacional privado derivadas de las relaciones jurídicas internacionales.

¹⁹⁴ GARRO, Alejandro: "La armonización legislativa en el derecho privado latinoamericano", 1.992. Véase las citas de este autor que transcribimos de ANCEL, M. "From the Unification of Law to Its Harmonization", Tulane Law Review, diciembre 1.976, pp. 114-117; FIX-ZAMUDIO, Hector.: "Breves reflexiones sobre los instrumentos de armonización jurídica en América Latina, en Latinoamérica: Constitución, Proceso y Derechos Humanos", México, UNAM, 1.988, pp. 313, 316, 322; ZAPHIRIOU, L.: "Harmonization of Private Rules Between Civil and Common Law Jurisdictions", American Journal of Comparative Law, Vol. 38, 1.990, p. 71. Véase también, MONACO, L.: "L'evoluzione attuale del diritto uniforme", en Raccolta di scritti in memoria di Agostino Curti Gialdino, Vol. 1, 1990, pp. 145, 147. DREYZIN de KLOR, Adriana: "El Mercosur", ED. Zavallia. P. 182 y sgtes. 1.997. GOLDMAN, Berthold y LYON CAEN, Antoine: "Derecho Comercial Europeo", Madrid 1.984.

Por su estructura¹⁹⁶ y función, a las normas utilizadas se las denominan reglas de derecho internacional privado, normas indirectas, de conflicto, normas de colisión, reglas adjetivas, reglas electivas de leyes, porque precisamente nos indican cual es el ordenamiento jurídico del que se extraerá la solución de la cuestión a regular, marcan el camino hacia la ley aplicable.

Se trata de un procedimiento, de una técnica de uniformidad parcial, es la uniformidad de reglas electivas de leyes. Por ende ella puede coexistir con la disparidad de leyes internas, porque consiste solamente en la identidad de reglas o de sistemas de derecho internacional privado indirectas. Este medio ha sido empleado, con pocas excepciones, por los Tratados de Montevideo de 1.889 y de 1.940 y por el Código de Bustamante de 1.928, ambos en vigor.

Los Estados han consensuado que determinadas relaciones jurídicas internacionales captadas por las reglas de colisión de leyes, habrán de ser resueltas bajo los mismos criterios reguladores, con similares criterios atributivos, legislativos o jurisdiccionales, mas no han querido avanzar hacia la identidad de derecho sustancial.

UNIFORMIDAD LEGISLATIVA

Consiste en la coincidencia no sólo de las reglas electivas sino de las leyes mismas o normas sustanciales a las cuales esas reglas encaminan.

Ella produce una identidad total del régimen jurídico de la relación.

El derecho uniforme como vía, es quizás la técnica de mayor profundidad, de mayor intensidad, de perfección, pero también la más delicada y más difícil de lograr.

No obstante cada día resulta más frecuente alcanzar una uniformidad legislativa, sobre todo por vía convencional, en áreas específicas del derecho internacional privado, especialmente del derecho comercial

¹⁹⁵ "Aproximación.....", Revista Derecho de la Integración, Intal N° 2, p. 6, Abril de 1.968.

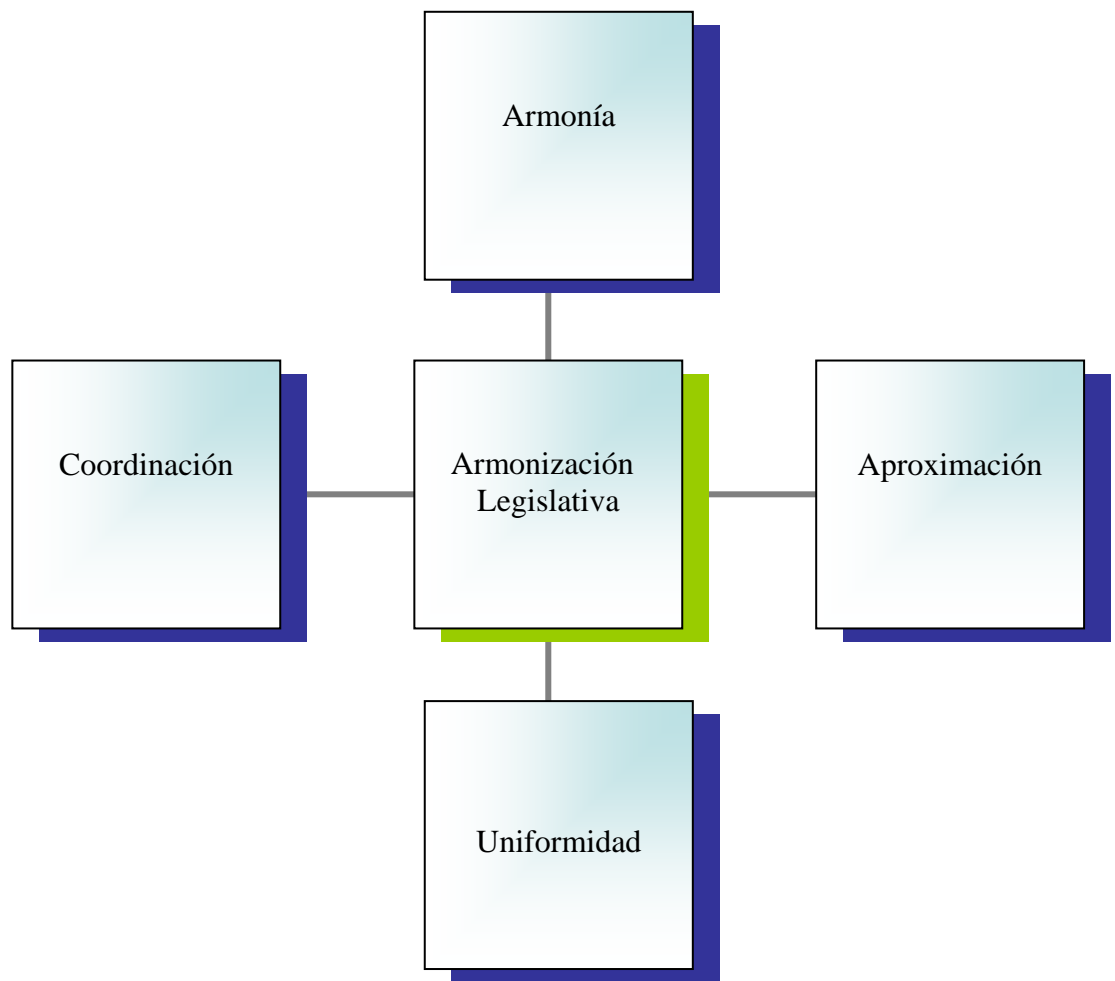
¹⁹⁶ Ver gráfico sobre estructura de las normas de derecho internacional privado elaborado en este capítulo.

internacional que es el área en el que se ha empleado exitosamente este mecanismo.

En este sentido, cabe señalar que si bien la mayor parte de las reglas constitutivas del sistema de derecho internacional privado argentino de fuente interna y de fuente convencional pertenecen a la esfera de las reglas electivas, no lo es menos que en el campo del derecho comercial internacional, se realiza en gran parte la estabilidad y la seguridad internacional de los derechos mediante la uniformidad legislativa.

Bástenos citar como ejemplos las realizaciones de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, la Convención de Berna sobre Transporte Terrestre; entre tantas otras que contienen reglas de derecho uniforme que rigen directamente la relación jurídica internacional abarcada por sus disposiciones.

Para concluir diremos que, en el campo del derecho internacional privado de la integración puede emplearse el vocablo bajo examen, como sinónimo de unificación legislativa, implicando la sustitución del derecho estadual por el derecho unificado que no admite, que no da margen a las disparidades legislativas nacionales. De modo tal, que el mismo criterio funcional debería ser aplicado respecto a los campos de aproximación, de armonización legislativa y la lista de las prioridades.



Título III

El Derecho de la Integración

Derecho de la Integración – Derecho Comunitario.

- a) El Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Privado de la Integración.
- b) El Derecho Regional o Derecho Internacional Privado de la Integración: Concepto de Derecho de la Integración -El Derecho Regional originario y derivado.
- c) El Derecho de la Integración y el Derecho Comunitario - El carácter irreversible de los Tratados Comunitarios.
- d) Fuentes del Derecho Regional.
- e) Principios rectores del Derecho Regional: Principios vigentes en el derecho comunitario. Supremacía del derecho comunitario - Efecto directo - Aplicación inmediata. La responsabilidad del Estado por incumplimiento de las directivas comunitarias.
- f) Supremacía, aplicabilidad inmediata y efecto directo en la Unión Europea. Decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea: caso “Simmenthal” – “Costa c/ Enel”.

Derecho de la Integración – Derecho Comunitario

En este punto de nuestro análisis, al hablar de armonización legislativa en el ámbito regional quizá hemos dado por cierto que tenemos bien en claro el concepto de derecho regional.

Hemos advertido que la doctrina suele utilizar en forma alternativa, indistinta los términos “derecho regional”, “derecho de integración”, “derecho comunitario”, siendo que tal identidad de conceptos no nos aparece tan clara. Por otra parte, resulta indispensable, a nuestro entender, establecer su relación con el derecho internacional privado.

III.-a) El Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Privado de la Integración.

El objeto del derecho internacional privado no se acota en la mera resolución de conflictos de leyes y jurisdicciones, sino que también comprende la regulación de todas las relaciones jurídicas internacionales, entendiendo por tales aquellas que en su nacimiento, desenvolvimiento o ejecución contienen -en forma ostensible u oculta- un elemento extranjero, extraño al derecho local, es decir que cae bajo la regulación de algún derecho extranjero.¹⁹⁷

Ahora bien, las relaciones que constituyen el objeto del derecho internacional privado, se desarrollan tanto:

- En el ámbito nacional: cuando todos los elementos de la relación jurídica (nacionalidad, domicilio de las partes, lugar de celebración o lugar de ejecución del contrato, etc.) se vinculan con un único ordenamiento legal.
- En el internacional: cuando algún elemento de la relación jurídica se vincula con un derecho extranjero.
- En el regional: cuando una relación jurídica nace, se desarrolla y agota en el territorio integrado.

Por lo tanto -y siguiendo al profesor uruguayo Vieira¹⁹⁸, hay una triple esfera de acción del derecho internacional privado:

- a) el Nacional.
- b) el Convencional.
- c) el Comunitario que nunca ha dejado de pertenecer al área temática del Derecho Internacional Privado.

Asimismo, y siendo que el derecho internacional privado utiliza para el cumplimiento de su finalidad -que como ya se dijo es la regulación de las relaciones jurídicas internacionales- tanto normas directas como normas de estructura indirecta; en el ámbito regional son preferentemente utilizadas las normas directas por resultar más adecuadas para la regulación de las

¹⁹⁷ Conf. BIOCCA – CÁRDENAS – BASZ – “Lecciones ...”. Ob. cit. Editorial Universidad. 1.997.

¹⁹⁸ VIEIRA, Manuel: Curso dictado en la Academia de La Haya. Recueil des Cours. 1.970, volumen II.

relaciones dentro de los espacios integrados, ya que se requiere una mayor uniformidad en los criterios de regulación por parte del derecho sustancial o de fondo, que en las relaciones jurídicas internacionales en general.

En el ámbito comunitario -y desde el punto de vista legislativo- la cuestión principal a tener en cuenta no es determinar la ley aplicable a la relación jurídica a través de una norma indirecta, sino la formulación del derecho comunitario constituido por normas directas, y aunque de manera genérica se hable siempre de armonización legislativa, técnicamente, en las áreas integradas - y siempre dependiendo del tipo o modelo de integración en consideración- no solo deberá procederse a la armonización de los criterios de distribución de competencias legislativas, sino además a la unificación del derecho a regir en el territorio integrado.¹⁹⁹

Desde el punto de vista legislativo, no es de aplicación prioritaria, sino subsidiaria, la norma indirecta, porque en el ámbito comunitario no lo es determinar la ley aplicable; en el ámbito comunitario, el tema central es el derecho comunitario constituido legislativamente por normas directas.²⁰⁰

En este sentido también se ha dicho que dentro del derecho internacional privado, su contenido, sus métodos, podemos decir que el derecho internacional privado conflictualista, propio de una época en que la internacionalidad no estaba en crisis, rescataba el valor de la tolerancia y la abdica de los derecho extranjeros como un reconocimiento de la distinción de la cultura y modos de vida que esos derechos extranjeros reflejaban. Hoy se habla del pluralismo metodológico, ya que el método conflictualista se revela insuficiente o imperfecto para regir relaciones jurídicas efímeras o de rápido desarrollo, o que se desenvuelven en un marco regional, debiéndose atender entonces a criterios de normas materiales unificadas o armonizadas.²⁰¹

¹⁹⁹ FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L.: "Armonización legislativa..." ob. cit

²⁰⁰ BIOCCA, Stella Maris: "Ley aplicable y tribunal competente..." p 108.

²⁰¹ FERMÉ, Eduardo: "El Derecho Internacional Privado en la Reforma Constitucional" – Temas de Derecho Privado VIII- Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Edición del Colegio de Escribanos de la Capital Federal- 1.996. p 131 a 137

Parte de la doctrina ha pretendido ver en el derecho de la integración o comunitario (provisoriamente conservaremos esta terminología como sinónimos) una nueva rama del derecho, autónoma, independiente, desprendida del derecho internacional por entender su objeto de regulación le es propio.

Quienes defienden su autonomía científica afirman que “Es sabido que a partir de la aparición de la Comunidad Europea ha comenzado a gestarse un nuevo derecho con características propias, hasta entonces desconocidos en el derecho comparado. Me refiero al derecho de la integración o derecho comunitario, entendida como la disciplina distinta del derecho internacional público y del derecho interno de los Estados miembros”.²⁰² Otros quizás más cautos dicen, refiriéndose al derecho comunitario europeo, que “...se ha ido separando desde hace algún tiempo de las categorías convencionales del derecho internacional, tendiendo hacia su propio ordenamiento legal, el cual, cada vez más, toma elementos propios de un estado federal y se dirige, con el tratado para la unión europea, hacia una nueva dimensión”.²⁰³

Sin embargo, sin desmerecer el importante avance y desarrollo que el derecho de la integración ha tenido en los últimos tiempos en virtud de las modificaciones sufridas por el escenario mundial en todas sus aspectos, - político, geográfico, económico, transportes, tecnología y comunicaciones, etc.-, las relaciones que se dan en el área, entre los particulares, entre éstos y los Estados, entre los Estados Miembros entre sí y del bloque con el exterior, no tienen por que ser considerados fuera del ámbito del derecho internacional, ya que si bien son materia de regulación específica por parte del derecho comunitario, éste queda comprendido dentro del derecho internacional.

Ello por cuanto, ciertos principios característicos del derecho

²⁰² EKMEKDJIAN, Miguel Ángel: “Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano”, ED. Depalma, Buenos Aires, 1.994.

²⁰³ HERDEGEN, Matthias: “Derecho económico internacional”, Diké, Fundación Konrad Adenauer, Medellín, Colombia, 1.994.

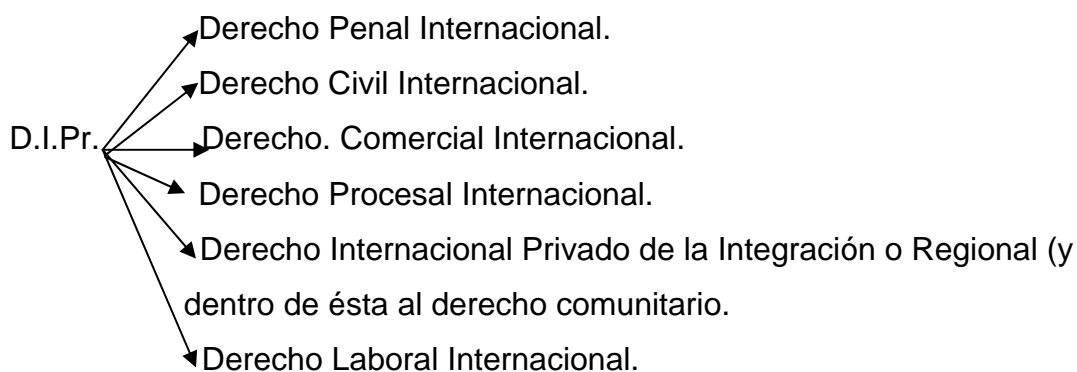
comunitario, no son, sin embargo de su creación ni aplicación exclusiva.

Así podemos referir que la doctrina del efecto directo si bien fue extensamente desarrollada en la Comunidad Europea por el Tribunal de Luxemburgo, no es una creación original del derecho comunitario.

Aunque de aplicación escasa o excepcional, son bien conocidas las disposiciones *self executing*, del derecho internacional, las cuales son reglas jurídicas aplicables directamente a los particulares y exigibles ante los órganos del Estado - sean judiciales o administrativos - sin necesidad de actos o procedimientos de recepción por parte de los Estados, en virtud de la autosuficiencia de la que goza el tratado autoejecutivo.

En consecuencia el llamado “derecho comunitario”, si bien se encuentra en pujante desarrollo no debe ser considerado como una rama del derecho autónoma e independiente del derecho internacional, sino como perteneciente al área temática de este último, tanto por las relaciones jurídicas de cuya regulación se ocupa, como cuanto a las normas utilizadas, como a los principios que los rigen.

Por lo tanto el Derecho Internacional Privado comprende:²⁰⁴



²⁰⁴ “El Derecho Internacional Privado ante los desafíos del nuevo siglo”. Curso desarrollado desde el 11/8/99 al 1/9/99 organizado por el Instituto de Derecho Internacional Privado como colaboración al Instituto de Iniciación de Carrera del CASI., a cargo la Directora del Instituto doctora S.L.F. de Cárdenas.²⁰⁴ Postura también sostenida por la Dra. Cárdenas desde las Cátedras de Derecho Internacional Privado de las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Universidad de Palermo y la Maestría en Procesos de Integración Regional de la Universidad del Nordeste.

El derecho internacional común, trataba de resolver por vía de uniformidad o de armonía legislativa principios o reglas a través de las normas directas por el legislador nacional o bien, mediante normas convencionales entre Estados contratantes, pero en realidad dirigidas a los Estados. Estas normas convencionales vinculan a los Estados pero no los integran y solo se perfeccionan en su formación con la ratificación de cada Estado (Tratado de los Tratados, Convención de Viena), sin perjuicio de que la vigencia comienza y termina según lo decide la propia norma internacional.

En cambio, el derecho comunitario es una norma de efecto directo, no dirigido al Estado, sino a los súbditos de los Estados. Esta norma de derecho comunitario es generalmente directa.²⁰⁵

En este punto, resulta imprescindible establecer, precisar el concepto de derecho regional o de la integración, y las particularidades propias del derecho comunitario.

III.-b) Derecho Regional o Derecho Internacional Privado de la Integración:

Concepto de derecho de la integración

Para iniciarnos en este tema cabe aclarar que –siguiendo la doctrina antes expuesta- el derecho internacional privado regional o derecho internacional privado de la integración es todo derecho elaborado y vigente en las áreas integradas para regir las relaciones jurídicas regionales y cuyas características y principios variarán conforme el tipo de integración de cuya regulación se encargue.

La integración regional es una política que, como tal, persigue determinados objetivos y está provista de sus respectivos instrumentos, y por lo tanto el conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso, constituye, junto con las estructuras orgánicas e institucionales, uno de los

²⁰⁵ BIOCCA, Stella Maris: “Ley aplicable y tribunal competente ...” ob. cit.. p 108.

instrumentos más importantes.

Dicha función instrumental del derecho surge inmediatamente después de que los actores involucrados, en especial los Estados, acuerdan llevar adelante un programa de integración o lo que es lo mismo, poner en aplicación una política de integración una vez cumplidos los procesos políticos previos de concertación y negociación, de los que resultan criterios y pautas para acomodar sus intereses y objetivos particulares, y lo que es mas importante, para identificar intereses y objetivos comunes.

El resultado de ese acuerdo, si la pretensión es convertirlo en una conducta obligatoria, no puede ser formalizado, sino mediante un ordenamiento jurídico, en el que quedarán enunciados los objetivos, las metas, los principios generales, los principios particulares y los medios o instrumentos de los que ha de valerse para implementar esa política integracionista.

Por otra parte, cabe resaltar que la función del derecho es permanente y necesaria. Permanente, por cuanto comprende, no solo la instauración del proceso, sino también todo su desenvolvimiento y desarrollo, y necesaria, en cuanto que la finalidad de la integración es inducir la modificación del comportamiento de los sujetos a los que están dirigidos, sean los Estados, los agentes económicos, las administraciones nacionales, los grupos sociales y políticos, orientándolas hacia el logro de los objetivos propuestos.

El derecho internacional privado regional comprende el conjunto de normas jurídicas que regulan, o intentan regular, un proceso de integración entre dos o más países, en atención a la pluralidad de relaciones jurídicas a que da lugar este fenómeno.

En Europa los estudiosos de esta temática solo analizan el derecho de la integración vigente en Europa Occidental, llamado Derecho de las Comunidades Europeas.

En América Latina en cambio, abarca distintos sistemas normativos que además de ser autónomos entre sí, consagran objetivos instrumentales

diferentes y adoptan técnicas diversas. Así debemos referirnos a los ordenamientos jurídicos vigentes en la ALADI, el Grupo Andino, el Mercado Centroamericano, la Comunidad del Caribe; y cada uno de estos ordenamientos responde o está asociado a una diferente forma de integración económica.

Si bien los objetivos y características de cada área o proceso de integración latinoamericano, será objeto de análisis en los capítulos siguientes, podemos adelantar que todos menos el Acuerdo de Cartagena se singularizan por el empleo de técnicas intergubernamentales o convencionales más que federales o supranacionales, para la formulación, interpretación y aplicación de normas de derecho.

Si tenemos en cuenta la naturaleza de los órganos que integran una organización internacional, podemos distinguir:

- los órganos intergubernamentales: formados por representantes gubernamentales y cuyas decisiones no pueden obligar a los Estados contra su voluntad, por cuanto las decisiones se toman por unanimidad;
- de los órganos supranacionales: dotados de poderes para aprobar normas por mayoría quedando igualmente obligados todos los Estados integrantes.

El derecho regional originario y el derecho derivado:

Los ordenamientos regionales contienen normas convencionales o de derecho internacional, y normas emanadas, dictadas por los órganos de sus respectivos sistemas institucionales.

El derecho primario u originario regional está compuesto por los tratados constitutivos del área o tratados fundacionales, (que se conocen con el nombre de Tratados Marco, por ser el Instrumento contenedor de los objetivos del área, sus principios fundamentales, su estructura orgánica, etc.), los tratados complementarios, sus modificaciones y los tratados de adhesión de nuevos Estados a la región. Están sujetos en su formación y efectos a las reglas del derecho de los tratados.

A través del derecho originario se crean los órganos comunitarios o regionales, se les transfieren las competencias, se formula el ordenamiento de aplicación directa, se señalan las metas y diseña el sistema de producción de normas y procedimientos de ejecución del programa del mismo modo que lo hacen las constituciones políticas de los Estados.

En el ámbito regional del MERCOSUR el derecho originario está integrado por el Tratado de Asunción concluido el 26 de marzo de 1.991, el Protocolo de Brasilia sobre Solución de Conflictos, el Protocolo de Ouro Preto del 17 de diciembre de 1.994 –adicional al Tratado de Asunción sobre la estructura institucional del Mercosur-.

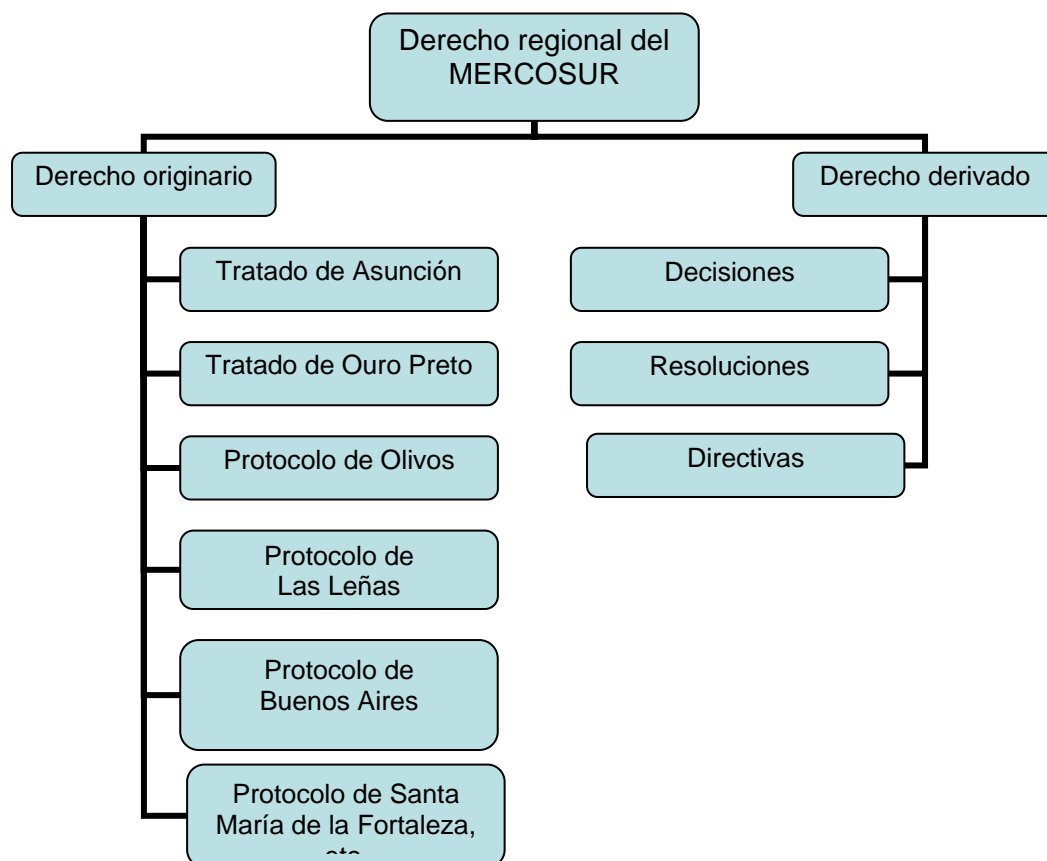
En la Unión Europea el derecho originario o primario está integrado por los tratados constitutivos de la CECA, la CEE y la CEEA, otros complementarios (como el Convenio sobre Instituciones Comunes de 1.957) y los tratados de adhesión de los distintos países de Europa que se han ido incorporando a la comunidad.

El derecho derivado o secundario, está constituido por todos los actos y normas (resoluciones, directivas, disposiciones, reglamentos, decisiones, etc.), emanados de las instituciones y órganos comunitarios, que fueron creados por aquel Tratado Marco y demás instrumentos del derecho originario. Es el derecho resultante de las correspondientes instituciones del esquema de integración.

La validez o legalidad dependen de su conformidad formal y sustancial con las estipulaciones del derecho originario.

El derecho derivado en el MERCOSUR está conformado por la normativa emanada de los órganos comunitarios: las Decisiones emitidas por el Consejo Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio, en la que no se haya dispuesto expresamente que integran o forman parte de la capa constitucional.

Podemos intentar explicar de manera simple el tema antes desarrollado en el siguiente gráfico referido a la normativa del MERCOSUR.



El derecho derivado o secundario en la Unión Europea está integrado por los reglamentos, las decisiones y las directivas.

El reglamento es una normativa general, con efectos de aplicación directa, obligatoria e inmediata en cada uno de los Estados Miembros. Es semejante a una ley interna.

La decisión es un acto de contenido particular y obligatorio sólo para sus destinatarios.

La directiva es una norma general pero, a diferencia del reglamento, vincula y obliga a los Estados Miembros en cuanto al resultado a alcanzar y

deja en manos de los órganos nacionales las formas o medios utilizados para lograr el fin.

Como vemos, podemos distinguir las normas desde el punto de vista de su contenido en:

- 1) Aquellas normas constitutivas, que enuncian o definen una determinada forma de integración económica como finalidad básica de las acciones a ser emprendidas por los Estados, o que enuncian o definen los objetivos e instrumentos del programa de integración.
- 2) Normas de comportamiento, destinadas a regular en forma directa la conducta, la actuación de los Estados con respecto a ciertas materias específicas.
- 3) Normas orgánicas, que están referidas a las estructuras de su organización, encargadas de impulsar y ejecutar las acciones comunes o conjuntas.
- 4) Normas que definen y regulan las formalidades de los actos jurídicos de los órganos y que determinan, de modo expreso o implícito, los ámbitos de validez del ordenamiento jurídico (ámbito material, territorial, temporal, personal).

Por lo tanto, el sistema normativo contiene:

- Normas Constitucionales
- Normas Dispositivas
- Normas Reglamentarias

Los principios de los cuales se nutre el derecho comunitario - originario y derivado -, sus fundamentos y sus relaciones con el derecho interno serán objeto de desarrollo a continuación.

III.- c) El Derecho de la Integración y el Derecho Comunitario

Tal como venimos desarrollando el derecho de la integración está conformado por el derecho primario u originario y por el derecho derivado regional, y esta definición es válida cualquiera sea el espacio integrado de

cuyo análisis nos ocupemos. En cambio por derecho comunitario debemos entender el derecho vigente en una comunidad jurídica. Podríamos decir que existe entre ellos una relación de género a especie. No todo derecho de integración posee las características del derecho comunitario en tanto que éste es un tipo de derecho regional.

Entre los distintos tipos de integración centraremos nuestro análisis en el derecho regional o de integración vigente en una Unión o Comunidad Regional - llámese derecho comunitario -, ya que por ser la que mayor grado de compromiso requiere de los Estados Miembros, presenta particulares características, resaltando las diferencias existentes en el derecho aplicable en otras áreas.

Debemos desterrar la idea de que el llamado derecho comunitario es una parte o apéndice de los sistemas jurídicos nacionales. Tampoco puede ser considerado como una simple recopilación de los acuerdos celebrados entre los Estados Parte.

La aprobación y suscripción del Tratado de París por el cual se constituyó la C.E.C.A.²⁰⁶, llamó la atención de los expertos y estudiosos sobre la necesidad de encontrar nuevos modos de pensamiento a fin de facilitar el conocimiento de este nuevo ordenamiento jurídico que, en razón de sus elementos básicos, se aleja de las organizaciones internacionales o de las antiguas uniones entre Estados.

Algunos autores sostienen que no es conveniente adoptar un concepto o una definición única del derecho de la integración ya que no existe una técnica jurídica de la integración, en virtud a que el derecho por ser el reflejo de la pluralidad de elementos que componen el orden económico y social, deberá responder en cada caso a las características que estos determinen.

No obstante ello, podemos resaltar ciertas características o principios básicos y rasgos típicos que componenm conforman el derecho internacional

²⁰⁶ Comunidad Económica del Carbón y del Acero.

privado de la integración definido como comunitario, y así destacamos, entre otros, su índole eminentemente evolutiva y dinámica, basado en la solidaridad y que - conforme analizaremos más adelante - regula el funcionamiento de organizaciones supranacionales.

Los principios que informan, dan fundamento y de los que se nutre el derecho comunitario están cimentados o sustentados principalmente en dos características, a saber:

- La especificidad. En virtud de que los Estados Miembros han limitado sus derechos soberanos en ámbitos específicos constituyendo un nuevo ordenamiento jurídico.
- La atribución de competencias a las instituciones por parte de los Estados Miembros, quienes quedan desprovistos de las competencias cedidas desde el momento de la adhesión a los tratados de integración regional.

Si bien es cierto que estas características son comunes y propias de cualquier derecho regional, cabe destacarse que; como veremos más adelante, en el derecho comunitario el nuevo ordenamiento jurídico creado vincula no solo a los Estados Miembros, sino también a sus nacionales, (ya que son considerados ciudadanos comunitarios).

También, en el supuesto de posteriores incorporaciones a la Comunidad, al momento de la adhesión a los tratados cada Estado incorpora todo el acervo comunitario, que se encuentra integrado por la totalidad de sus normas jurídicas, principios, compromisos políticos etc., y en cuya creación o elaboración no había participado hasta entonces.

Así el Tribunal de la Comunidad Europea, ratificando estos conceptos tiene dicho que “Hay motivos para destacar ante todo que el tratado... ha creado un ordenamiento jurídico propio, integrado por los sistemas jurídicos de los Estados miembros y que se impone a sus jurisdicciones, cuyos sujetos no solamente son los Estados miembros, sino también sus súbditos y que, de la misma manera que crea cargas que pesan sobre los particulares, el derecho comunitario está también destinado a engendrar los derechos que entran en sus patrimonios jurídicos, esto surge no solamente

de una atribución explícita que al respecto hace el Tratado, sino también de las obligaciones que éste impone de una manera bien definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias”.

Y en el mismo sentido tiene dicho que: “Fue también una sabia creación la relativa al Tribunal de Justicia, quien se convirtió en el garante de la aplicación y desarrollo del derecho comunitario y con él, de la efectividad de la idea misma de integración”.

El carácter irreversible de los tratados comunitarios

Se suele afirmar el carácter irreversible de los tratados comunitarios y que los Estados Miembro de la Comunidad Europea han asumido el compromiso de la permanencia y perseverancia en la empresa comunitaria emprendida, de una manera ilimitada en el tiempo.

Su decisión de participar e integrar la comunidad es irrevocable debido a que los tratados de Roma carecen de término de vigencia, y no disponen de cláusulas de denuncia. Por lo tanto una vez efectuada la delegación de atribuciones por parte del Estado a la Comunidad, ella es definitiva.

La envergadura e implicancias de la empresa comunitaria, y la renuncia a cierto grado de soberanía que ella implica, hace necesario un análisis profundo de la conveniencia, ventajas y desventajas del ingreso al área integrada; y así también, para la consecución de los fines propuestos es lógico pensar que ella requiere cierta estabilidad, perdurabilidad y prolongación en el tiempo.

Sin embargo no todas los espacios integrados que se han constituido gozan de este carácter irreversible.

Por otra parte siempre es posible el procedimiento de denuncia establecido por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

III.- d) Fuentes del Derecho Regional

Si bien el tema de fuentes no es exclusivo del derecho internacional privado, porque interesa al derecho general, es en esta disciplina uno de los más interesantes.

El derecho internacional privado comparte con el resto de las disciplinas del derecho las siguientes fuentes: los principios generales del derecho, la ley, los tratados, la jurisprudencia, la doctrina y los usos y costumbres; pero asimismo, posee fuentes que le son propias tales como los principios generales del derecho internacional, los usos y costumbres internacionales y la jurisprudencia internacional.

Sabido es que las distintas fuentes no se encuentran en un mismo pie de igualdad en cuanto a su jerarquía y es por ello que se presenta la necesidad de establecer, de determinar un orden de prelación, de superioridad en ellas.

Dicha relación jerárquica generalmente es establecida por el legislador, mientras que en otras ocasiones, ante ciertos vacíos o criterios disímiles de interpretación, recae sobre el juez la tarea de esclarecer y determinar la primacía de unas fuentes sobre otras.²⁰⁷

Para dicha tarea es necesario referir, recordar uno de los debates doctrinarios más polémicos plasmado en el surgimiento de dos teorías antagónicas, ellas son la teoría monista y la dualista, con sus respectivas vertientes.

La teoría dualista propone, sostiene la coexistencia de dos órdenes jurídicos independientes.

Tanto el derecho internacional como el interno tienen su propio ámbito de validez y su propio campo de acción, parten, tienen su origen en fuentes diferentes (una contractual en el caso del tratado, y otra legislativa en el supuesto de la norma interna), se dictan para regir en ámbitos territoriales

²⁰⁷ HAIEK, María Inés, LAJE, Rodrigo, BUIS, Emiliano y BENTANCURT, María Eugenia: "La igualdad jerárquica de las fuentes en la teoría de la coordinación: Un comentario sobre el fallo "Martín y Cía. Ltda. S.A. c/Gobierno Nacional – Administración General de Puertos - " en Colección de Análisis Jurisprudencial – Derecho Internacional Privado y de la Integración. Editorial. La Ley. 2.004, p. 3 a 9.

distintos (internacional e interno) y están dirigidas a distintos sujetos (una está llamada a regular las relaciones de los ciudadanos o habitantes del Estado que sanciona la norma y el tratado obliga a los Estados firmantes), resultando en consecuencia, imposible la existencia de un conflicto positivo entre ambos.

Es decir que, para la teoría dualista por pertenecer las normas en cuestión a distintos órdenes jurídicos, nunca podrán ser llamadas a regir una misma relación o situación jurídica.

La fuente del derecho interno es la ley, que tiene una aplicación heterónoma, ya que los sujetos obligados por la norma participan de su creación o formación sólo de una manera indirecta, la norma interna está dirigida a los ciudadanos del Estado o que se encuentran domiciliados, o realicen transacciones en él. En cambio el derecho internacional tiene su fuente en el acuerdo de voluntades de los sujetos que quedarán obligados por la norma, el sujeto obligado por la convención internacional es el propio Estado.

En virtud que fueron creadas para regir en ámbitos distintos, y están dirigidas a sujetos diferentes, no podría, en principio, existir conflicto entre una norma interna y un tratado.

En esta inteligencia, para que la norma del derecho internacional pudiese ser invocada y aplicada en el ordenamiento interno sería necesario que mediase un acto del Estado que la transformase en derecho interno, es decir que debe “receptarla o incorporarla” al derecho nacional.

Existía una antigua jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentada en los casos “Sociedad Anónima Martín y Cía. c/ Administración General de Puertos” del 6 de noviembre de 1.963 y “Esso” del 5 de julio de 1.968 que establecía el requisito de la incorporación de los tratados al derecho interno por ley del Congreso, al punto que “un autor de derecho internacional público, en este caso Barberis, ha dicho que los tribunales argentinos no se ocupan de los tratados internacionales, sino sólo de las leyes dictadas por el Congreso que han transformado a los tratados

en Derecho argentino”.²⁰⁸

Según nuestra Corte Suprema, una vez incorporada la norma convencional al ordenamiento jurídico nacional a través de una ley, y gozando de su misma jerarquía en virtud de lo establecido en el artículo 31 de nuestra Constitución Nacional, los posibles conflictos existentes entre ambas normas se resolverían conforme los criterios de “ley posterior deroga la anterior” y “ley especial prevalece sobre la general”.

La teoría monista, en cambio, bajo el presupuesto de la unidad del derecho, propone la existencia de dos subsistemas jurídicos relacionados jerárquicamente.

La unidad implica que las normas se hallan subordinadas unas a otras, formando un solo ordenamiento jurídico.

A su turno esta teoría presenta distintas variantes:²⁰⁹

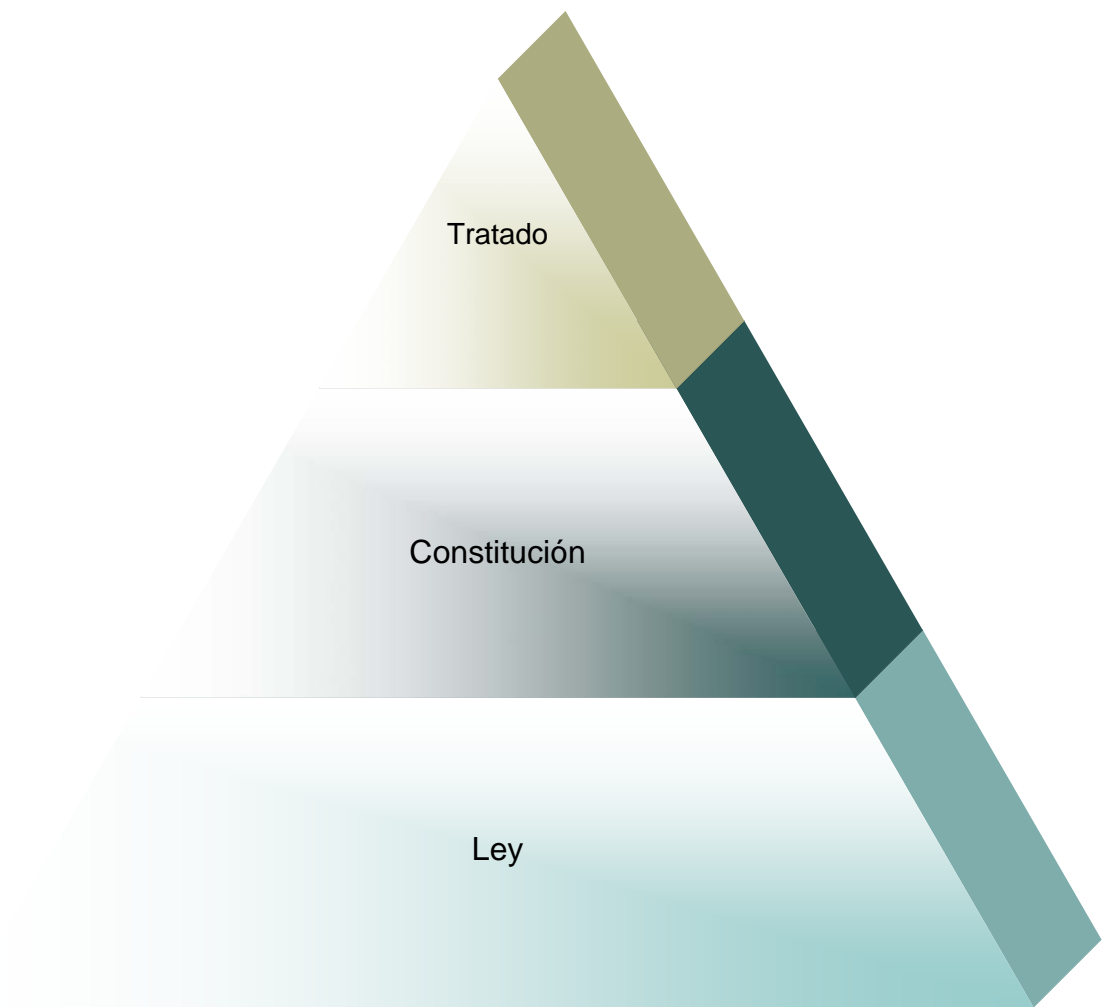
1) Monismo con primacía del derecho internacional:

a) Monismo absoluto: Concepción según la cual el derecho internacional prevalece sobre todo el orden jurídico interno, aún sobre la Constitución del Estado, de esta manera se producen dos consecuencias tal que el derecho internacional se incorpora automáticamente ocasionando la derogación *ipso facto e ipso iure* de toda disposición contraria al orden interno aunque sea de carácter constitucional, y al mismo tiempo impedirá la entrada en vigor de toda norma interna que vulnere, conculque, o sea contraria a la norma internacional.

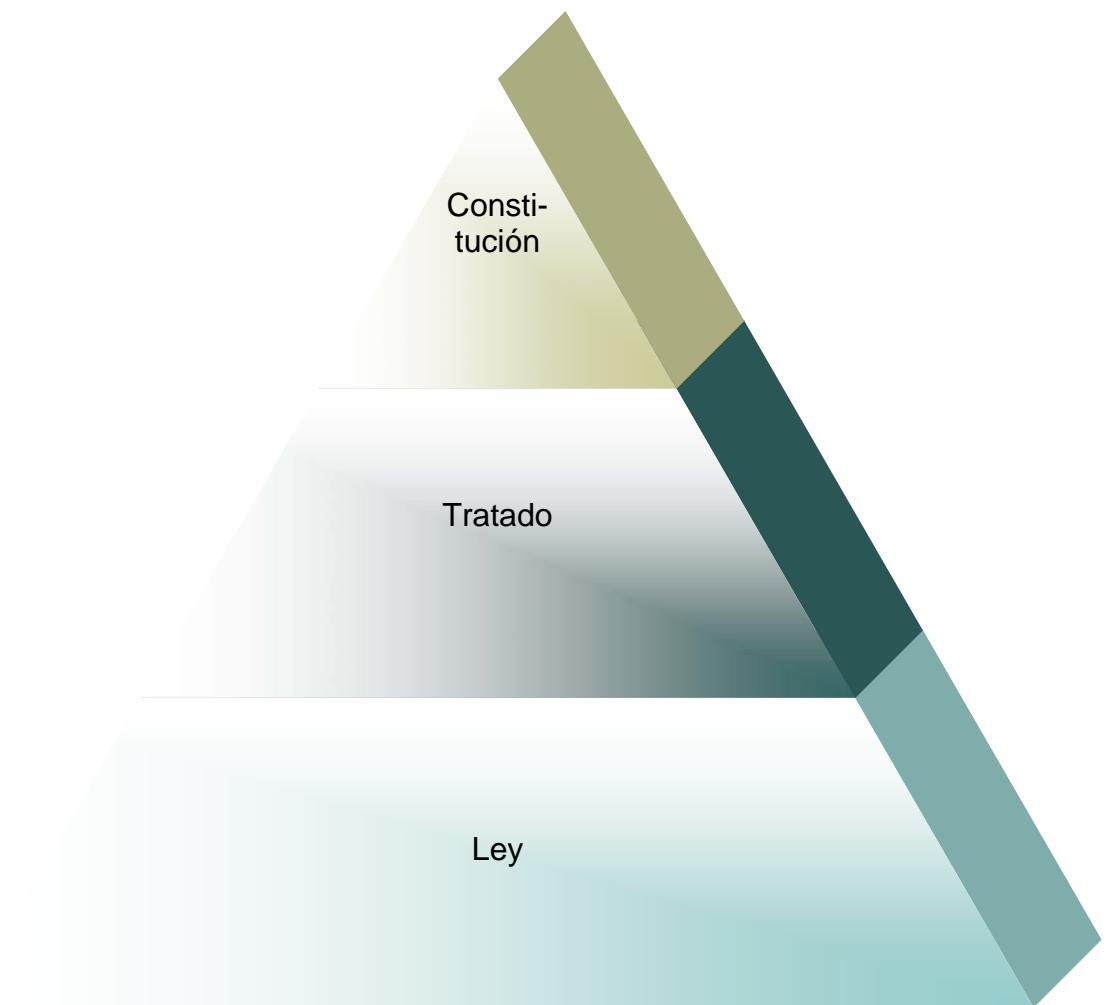
La ubicación en la pirámide jurídica de las distintas normas conforme su jerarquía podría graficarse de la siguiente manera.

²⁰⁸ FERMÉ, Eduardo: “El Derecho Internacional Privado en ...” ob. cit. p 131 a 137

²⁰⁹ BIOCCA, Stella Maris, CARDENAS, Sara L., BASZ, Victoria: “Lecciones de ...” ob. cit. ps. 48 a 50 y 53.

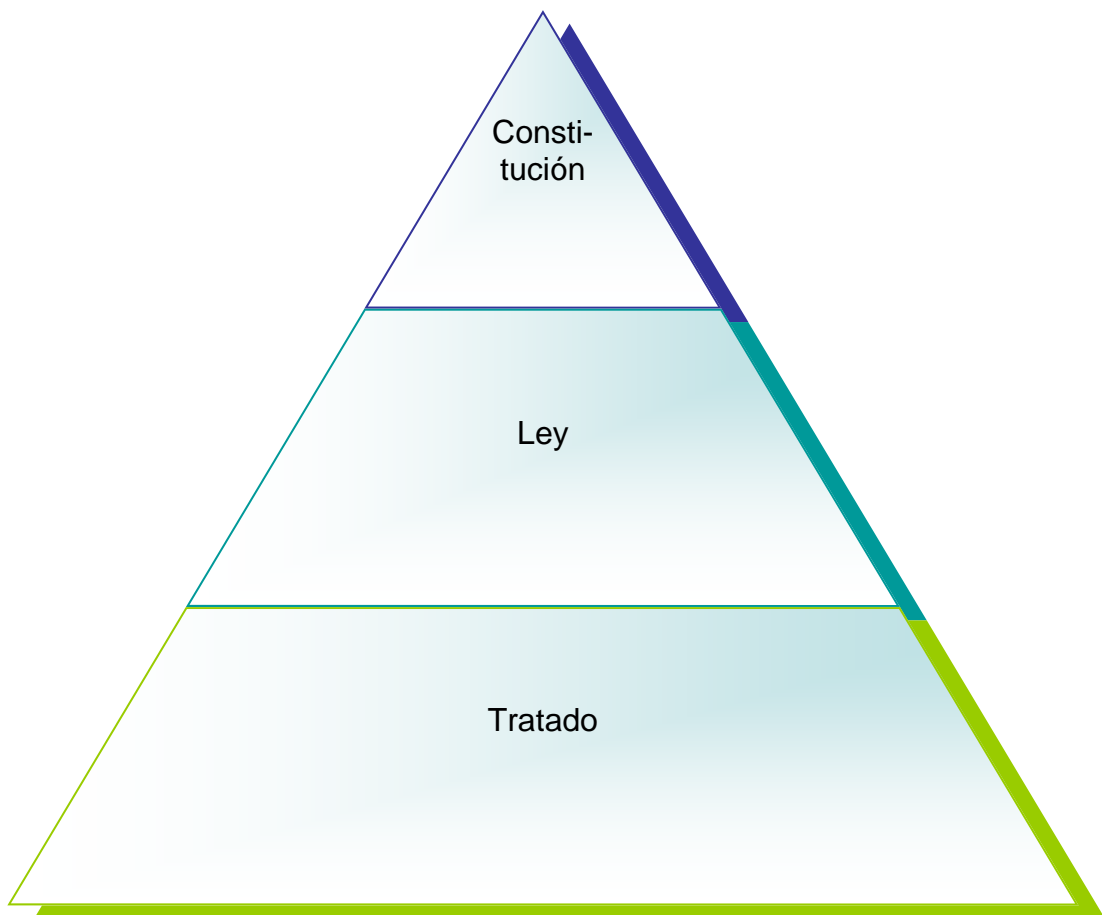


b) Monismo moderado: Es la concepción que excluye de la primacía atribuida al derecho internacional a la Constitución, la cual se mantiene prevaleciente. Queda en consecuencia, determinada la jerarquía normativa de la siguiente manera:



2) Monismo con primacía del derecho interno: Es la concepción según la cual no se le reconoce supremacía al derecho internacional sobre el derecho interno; por el contrario, la ley posterior no sólo puede modificar o derogar un tratado anterior, sino que inclusive, una ley anterior obstará a la entrada en vigor de un tratado posterior aprobado y ratificado. El incumplimiento de las obligaciones del Estado asumidas mediante un tratado pueden acarrear su responsabilidad internacional pero no afectarán la validez de la ley nacional.

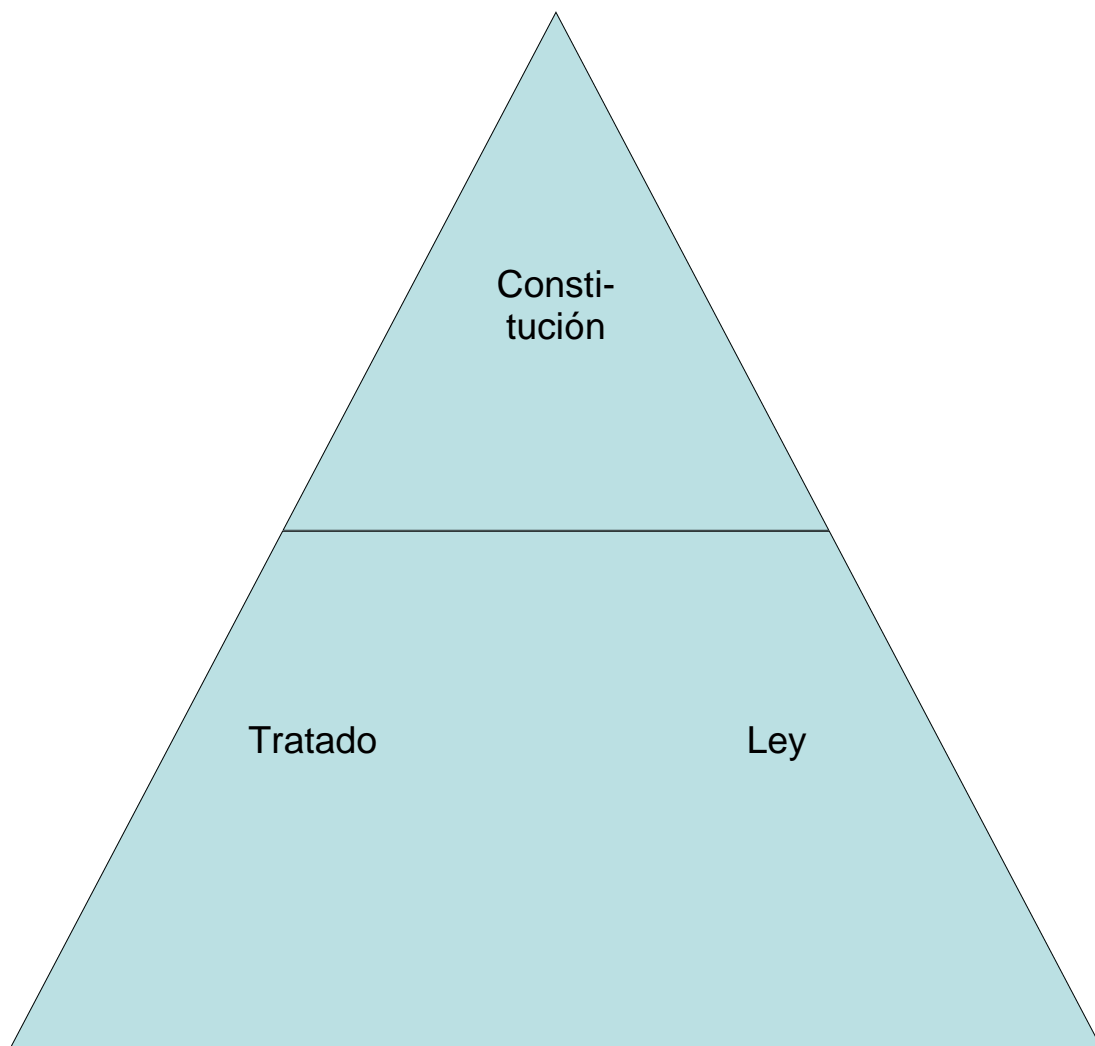
Podemos así representarlo en el siguiente gráfico.



3) Teorías de la coordinación: Dentro de estas teorías corresponde distinguir:

a) Tendencia armonizadora del orden jurídico del Estado con el internacional y cuyo doble objetivo persigue tanto preservar la autonomía y resguardar los legítimos intereses de cada Estado, como lograr el respeto efectivo del orden internacional.

b) Tendencia que sostiene la igualdad jerárquica del tratado y la ley.



Si bien la discusión respecto a este tema que parecería resuelta desde la doctrina y con una clara postura por parte de la jurisprudencia, se encuentra reavivada en torno al derecho de la integración, sus fuentes y su situación o ubicación jerárquica dentro de la pirámide jurídica.

En el capítulo V artículo 41 del Protocolo del Ouro Preto, se establecen las fuentes jurídicas del MERCOSUR que son:

Fuente Originaria: El tratado de Asunción, sus protocolos e instrumentos

adicionales o complementarios celebrados en el marco del Tratado de Asunción.

Fuentes derivadas: Las decisiones derivadas del Consejo del Mercado Común, las resoluciones del Grupo Mercado Común y las directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur.

III.-e) Principios rectores del derecho regional

Principios vigentes en el Derecho Comunitario.

Sostuvimos al iniciar el desarrollo del derecho de la integración que su concepto no debía asociarse exclusivamente o identificarse con el derecho comunitario por cuanto éste posee particularidades, principios propios característicos.

Ellos son el principio de supremacía, el de efecto directo y la aplicabilidad inmediata. Ellos fueron producto y desarrollo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y su vigencia o aplicación no es general, sino sólo para algunos tipos de normas.

Supremacía del derecho comunitario

Este principio vigente en el derecho comunitario es uno de los pilares sobre los cuales se fundamenta toda su elaboración. Por su vigencia y aplicación, las normas de derecho comunitario o regional priman, prevalecen siempre ante cualquier otra norma de derecho interno que se les oponga y deben aplicarse con preferencia a cualquier otra, sin importar el rango de la norma interna, y sin entrar a considerar tampoco, si estas son anteriores o posteriores a la entrada en vigencia de los tratados de integración.

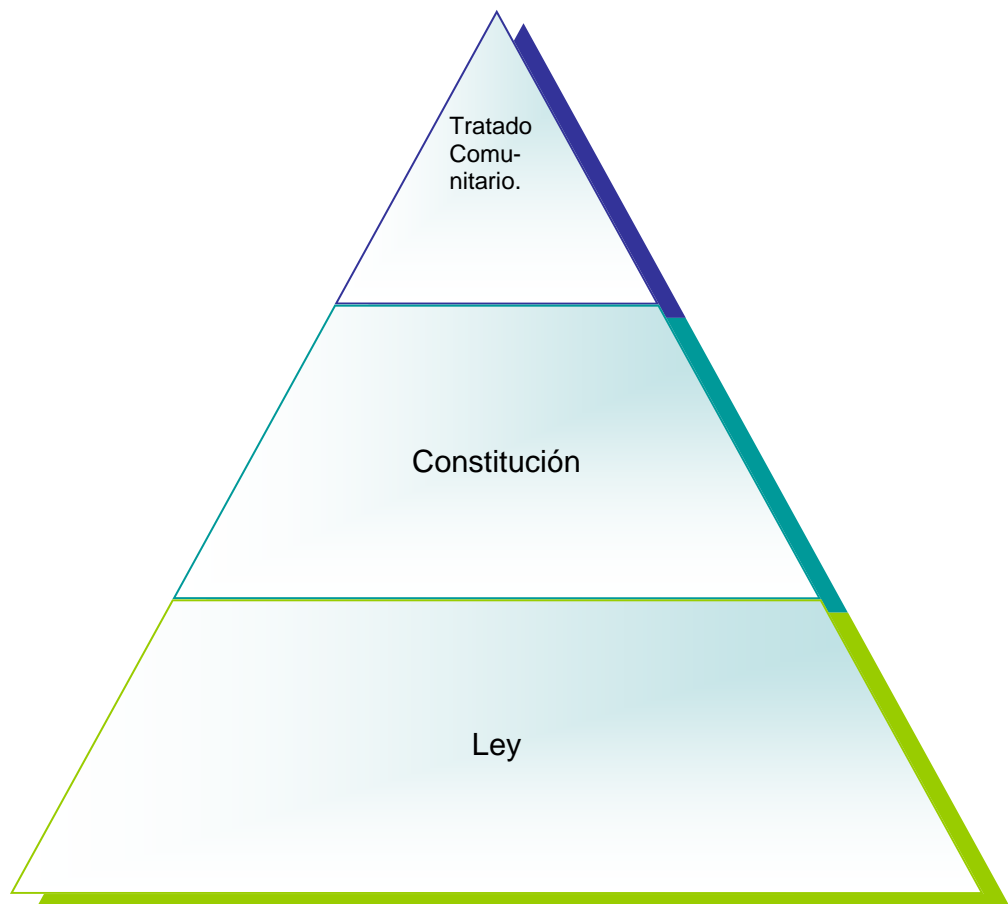
La autonomía del ordenamiento jurídico comunitario tiene una importancia fundamental para legitimidad de la CE, ya que no solo evita que el Derecho Nacional socave al Derecho Comunitario, solucionando los posibles conflictos en la materia; sino que también garantiza la validez uniforme del Derecho Comunitario en todos los Estados Miembros.

Por lo tanto surten efectos en dos sentidos:

A) Impide la invocación y aplicación de cualquier norma preexistente de derecho interno que se oponga a la normativa comunitaria. Por lo que suele decirse que provoca su derogación automática.

B) Impide la entrada en vigencia de cualquier norma interna que se oponga a ella.

Implica la transferencia de derechos soberanos, especialmente los referidos al poder exclusivo del Estado para dictar normas aplicables en su territorio.



Si bien ya aparecía limitado por algunos tratados internacionales, nunca antes a la formación y consolidación de la Comunidad Económica Europea se había atribuido a una entidad o institución distinta a la de los

propios Estados, la facultad de elaborar reglas de derecho público y privado común con efecto directo sobre el derecho interno.

Para explicar este nuevo fenómeno jurídico y político, parte de la doctrina acude a la figura de la delegación, sin embargo esta técnica tiene como características:

- a) la transitoriedad,
- b) la facultad de controlar el ejercicio de la delegación efectuada,
- c) el poder recobrar la competencia y facultades delegadas.

Es por ello que otro sector de la doctrina prefiere elaborar la idea de cesión parcial de poderes de derecho público con el objeto de crear un orden jurídico nuevo y distinto basado en el principio de la competencia. La doctrina española se inclina por la cesión sistemática de competencias a un ente supranacional.

El efecto directo

Como ya hemos manifestado este principio no es de elaboración original ni exclusiva del derecho comunitario, pero su reconocimiento hace a la noción de integración comunitaria y es una de sus características particulares.

Es un concepto que ha sido profunda y exhaustivamente desarrollada por el Tribunal de Luxemburgo, por el cual las normas comunitarias no necesitan ser incorporadas al derecho interno como las normas de derecho convencional, y aún más excluyen cualquier modo de nacionalización.

Los destinatarios de la normativa comunitaria no son sólo los Estados Miembros, sino que también, lo son los ciudadanos, que quedan inmediatamente obligados por las mismas y pueden exigir su observancia ante los tribunales nacionales.

Su reconocimiento y vigencia contribuye en forma decisiva a posibilitar la aplicación uniforme del derecho comunitario en todos los Estados Miembros, reforzando su eficacia.

Podemos distinguir el efecto directo vertical del efecto directo

horizontal.

El efecto directo vertical implica el derecho que tiene un particular de invocar ante los tribunales nacionales, y frente a su Estado, la norma comunitaria, y los efectos inmediatos que se desprenden de una obligación impuesta a los Estados Miembros por el tratado.

El Tribunal de la Comunidad Europea sostiene que gozan de efecto directo las disposiciones de los tratados que contienen una obligación clara, precisa e incondicionada de hacer o de abstenerse dirigida al Estado miembro, siendo ellas susceptibles de generar derechos y obligaciones de los justiciables que las jurisdicciones internas están obligadas a salvaguardar y exigir.

El efecto directo horizontal sin embargo constituye el derecho de un particular de invocar el derecho comunitario frente a otro particular.

La aplicabilidad inmediata o directa

Si bien el concepto de efecto directo está muy relacionado con el de aplicabilidad inmediata, no deben confundirse porque no son sinónimos y pueden diferenciarse por sus efectos.

La aplicabilidad inmediata -también denominada por la doctrina como “aplicabilidad directa”- significa que la norma comunitaria dotada de ella no requiere de ningún acto de incorporación o recepción del derecho interno para integrarlo y tener efectividad dentro del territorio de un Estado.

El efecto directo en cambio, significa que la norma genera derechos y obligaciones que puedan ser hechos valer directamente por los ciudadanos ante los tribunales nacionales.

Las dos cualidades no tienen por qué coincidir, ya que una norma comunitaria puede gozar de aplicabilidad inmediata y carecer de efecto directo.

III.- f) Supremacía, aplicabilidad inmediata y efecto directo en la Unión Europea

No cabe dudas que frente a la nueva realidad que estamos transitando desde hace más de una década junto a Uruguay, Brasil y Paraguay, y con la reciente incorporación de Venezuela como socio pleno, es importante tener en cuenta la experiencia vivida en otras áreas, a los efectos, de evaluar sus logros, analizar sus progresos y desaciertos, y no de imitar sus métodos, fines y proyectos, copiar su estructura orgánica y sus normas, como si se tratara de promover la aplicación del modelo matemático, el que consideramos inconveniente de aplicación en el ámbito internacional en general, pero muy especialmente en el ámbito regional, donde propiciamos la aplicación del método de campo en la elaboración del derecho regional.

La Unión Europea ha establecido un derecho supranacional, con un ámbito de competencia propio, con desplazamiento del derecho interno y directamente aplicable por los jueces nacionales.

Se ha efectuado un traspaso de potestades por parte de los Estados miembros a la comunidad, que implica una limitación definitiva de sus derechos soberanos, y no podrá anteponerse o prevalecer jamás un acto unilateral de un estado que sea incompatible con la noción comunidad.

Sin embargo, la doctrina europea, más que un orden de prelación jerárquica entre tratado y legislación interna, se inclina por centrar su enfoque del tema en la existencia y pertenencia a ámbitos de competencias distintos, situación que se encuentra expresamente autorizada por las disposiciones constitucionales europeas.

Pero en definitiva al admitirse que la CEE goza de una competencia expansiva e implícita – apoyada por la doctrina del efecto útil y del efecto necesario de los tratados fundacionales- se arriba al desplazamiento del derecho interno por el derecho comunitario en las áreas de conflicto, por lo que ambos principios (primacía y pertenencia) resulten complementarios. La Primacía del derecho comunitario se encuentra establecida por el artículo

189 del Tratado al disponerse el carácter obligatorio de los reglamentos que son directamente aplicables en cualquier estado miembro, no pudiendo ser esta norma objeto de reserva alguna.

La prevalencia, la supremacía del derecho comunitario sobre el ordenamiento local fue reafirmado por el Tribunal de Luxemburgo al establecer que el derecho europeo se aplica siempre; no puede oponerse a su aplicabilidad ningún principio de la Constitución ni aún los reguladores de los derechos fundamentales, “el respeto de los derechos fundamentales forma parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto el Tribunal de Justicia asegura”.

Decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea:

Con respecto a los principios que estamos desarrollando, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en el caso “Simmenthal” sostuvo que “..., en virtud el principio de primacía del derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables conllevan respecto al derecho interno de los estados miembros, no sólo la inaplicación de pleno derecho desde su entrada en vigor (de las normas comunitarias) de cualquier disposición nacional contraria, sino que a su vez, dado que estas disposiciones y actos forman parte integrante prioritaria del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada estado miembro, impiden la creación legislativa de nuevos actos legislativos nacionales en la medida que sean incompatibles con normas comunitarias”.

En el caso "Simmenthal", el Tribunal de Luxemburgo dedujo del principio de primacía que:

1. Si la norma interna incompatible es anterior a la norma comunitaria, la norma comunitaria hace inaplicable de pleno derecho, desde su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional (prevalece la norma comunitaria posterior).
2. Si la norma interna incompatible es posterior a la norma comunitaria, la vigencia de la norma comunitaria impide la formación válida de los nuevos

actos legislativos nacionales en la medida que fueran incompatibles con la norma comunitaria.

3. El juez del litigio concreto puede y debe excluir la norma interna para aplicar la norma del Derecho Comunitario.

Fallo: “Costa c/ Enel”.²¹⁰

Se reclama ante el Tribunal de Luxemburgo –por el planteo del recurso prejudicial-, la interpretación de si la estatización de la empresa de producción y distribución de electricidad era incompatible con el Tratado de Roma.

La cuestión se suscita frente al planteo de incompatibilidad de la ley nacional con el derecho comunitario efectuado por un particular como defensa interpuesta ante un reclamo de contenido patrimonial ante el juez competente de Milán.

El Tribunal Constitucional Italiano se había pronunciado por la constitucionalidad de la ley de estatización, sosteniendo que al haber sido ratificado el Tratado mediante ley ordinaria, las disposiciones de otra ley ordinaria posterior - la ley de estatización- prevalecían sobre el Tratado (*lex posteriori derogat lex priori*). Entonces el Juez de Milán insta el recurso prejudicial.

Frente al planteo del caso el Tribunal de Luxemburgo desarrolla tan importante doctrina estableciendo que el carácter vinculante del derecho comunitario, no podrá variar de un estado a otro en función de legislaciones internas posteriores, sin que ello ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado porque “...las obligaciones contraídas en el Tratado constitutivo de la comunidad no serían incondicionales sino transitorias si pudieran ser alteradas mediante actos legislativos posteriores de los estados firmantes”.

También se dispuso que, “...al instituir una comunidad de duración ilimitada, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad

jurídica, de facultad de representación internacional, más concretamente de competencias reales fruto de una limitación de competencias de los estados miembros han limitado, aunque sólo en ciertos ámbitos concretos, sus derechos soberanos, creando de este modo un conjunto de derechos aplicables a sus nacionales y a ellos mismos. La incorporación al derecho de cada país miembro de disposiciones comunitarias y, en general, de los términos y filosofía del tratado, presuponen la imposibilidad de los estados de hacer prevalecer una medida unilateral posterior sobre un ordenamiento jurídico posterior aceptado por ellos mismos en reciprocidad”.

Y que, “la primacía del derecho comunitario se ve confirmada por el artículo 189 del tratado según el cual los reglamentos tienen carácter obligatorio y son directamente aplicables en cualquier estado miembro. Esta disposición que no es objeto de reserva alguna, sería irrelevante si cualquier estado miembro pudiera anular el efecto de los textos comunitarios. A la vista de esos elementos, no podrá oponerse jurídicamente al derecho comunitario autónomo surgido del Tratado, en virtud de su naturaleza específica, una disposición cualquiera de un estado miembro, sin perder dicho derecho su carácter comunitario y sin que se cuestione el fundamento jurídico de la misma comunidad. El traspaso efectuado por los estados del ordenamiento interno al ordenamiento jurídico comunitario, en materia de derechos y obligaciones recogidos en los Tratados, conlleva la limitación definitiva de sus derechos soberanos, ante lo cual no podrá prevalecer un acto unilateral posterior incompatible con la noción de comunidad”.

²¹⁰ Costa c/ ENEL, 5 de julio de 1964. Asunto 6/64, Rec. 1964, p.1141

Título IV

EL Derecho del MERCOSUR

Las normas del MERCOSUR - Examen del artículo 1 del Tratado de Asunción. Pertinencia de la armonización en materia de insolvencia.

a) Los principios del Derecho regional en el MERCOSUR: Supremacía, aplicabilidad inmediata y efecto directo en el MERCOSUR. La aplicación interna de las normas del MERCOSUR.

b) La doctrina de nuestros tribunales: Análisis de Precedentes Jurisprudenciales Fallos de la Corte Suprema de la R.A. Caso “Cafés La Virginia”.

Colofón: Algunas aproximaciones a la armonización en el MERCOSUR.

Las normas del MERCOSUR

Examen del artículo 1 del Tratado de Asunción. Pertinencia de la armonización en materia de insolvencia.

El artículo 1 del capítulo I del Tratado de Asunción – fundacional del MERCOSUR- dedicado a Propósitos, Principios e Instrumentos, establece en su parte pertinente *“el compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”*.

En este punto, resulta necesario plantearse el interrogante de si el tema de la insolvencia internacional, transnacional o transfronteriza, y en particular, el salvataje de empresas en crisis, es una cuestión que requiere

ser armonizada legislativamente en el ámbito territorial del MERCOSUR, para permitir el fortalecimiento del área.

Los Estados Parte han considerado que, a través de la integración lograrán la ampliación de las dimensiones de sus mercados nacionales, siendo ello condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social.

Para el logro de tan importante objetivo se fijaron como pautas: la obligación de coordinar políticas macroeconómicas y sectoriales; el establecimiento de un Programa de Liberación Comercial; la extensión automática a los demás Estados Parte de cualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio que concedan a un producto originario de o destinado a terceros países no miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración; la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países a través, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente; entre otras.

Como es lógico de suponer, o al menos es lo fácilmente deducible, ante esta nueva situación los hombres de negocios proyectarán su actividad superando las fronteras estatales mediante el anudamiento de relaciones jurídicas internacionales sean contractuales, (contratos de colaboración, joint ventures), o bien la instalación de sucursales, agencias, representaciones, filiales, entre otras modalidades aptas para ampliar mercados, para lograr su expansión económica.

Todo ello estimula la radicación de bienes, de créditos, de acreedores, la creación de derechos dentro del escenario internacional, contribuyendo a la conformación de lo que la doctrina ha llamado acertadamente “el patrimonio internacionalmente disperso” y cuya existencia o constitución, precisamente, cuando está imposibilitado de afrontar sus deudas de manera permanente, y ante la aparición de a situación de crisis de la empresa, es lo que nos permite hablar del estado de insolvencia o de quiebra internacional.

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, en virtud de la existencia de asimetría en materia de la regulación, o no, de distintos procedimientos de salvataje de empresas.

Adviértase que cuanto mayor sea el grado de integración logrado, alcanzado por los países, mayor será también el número y nivel o grado de los conflictos que surjan en el área en virtud de las relaciones y negocios que en ella se establezcan, y si bien no es deseable, es lógicamente posible que de la propia actividad mercantil desarrollada en la región diversas situaciones económicas desfavorables, generales o regionales, coloquen a algunas empresas en dificultades económicas o financieras, más o menos profundas, ante las cuales el derecho regional debe dar una respuesta armónica.

Es altamente perjudicial la disparidad de soluciones legislativas en materia de salvataje ya que condicionaría la radicación de inversiones extranjeras en el área. Ello porque entre otras cuestiones que el inversor considerará al momento de instalar su empresa en el territorio, será el régimen comercial aplicable a su actividad, y por qué no también el régimen legal al que estará sometido en caso de falencia. Asimismo podría pensarse en la especulación que el empresario efectúe respecto del régimen concursal vigente en cada estado antes de plantear su propio concurso, mudando su domicilio comercial, favorecido ello por el compromiso de no discriminar el establecimiento de las empresas regionales efectuado por los Estados Parte.

La armonización contribuiría a dar mayor seguridad jurídica en el área, lo que a su vez permitiría facilitar y agilizar la integración

contribuyendo a la consecución de los objetivos enunciados en el Tratado de Asunción, y por otra parte, cumplimentaría la obligación establecida de armonizar la legislación en las áreas pertinentes.

Establecida entonces la necesidad de la armonización legislativa, corresponde determinar la conveniencia de arribar a ella a través de métodos de coordinación, unificación o armonía legislativa, así como la utilización de normas directas o indirectas para lograrlo.

Este punto se encuentra íntimamente relacionado con las características propias del derecho de integración vigente en el área integrada.

IV.- a) Los principios del derecho regional en el MERCOSUR: Supremacía, aplicabilidad inmediata y efecto directo en el MERCOSUR

En virtud del carácter intergubernamental del MERCOSUR, los planteos relativos a la naturaleza jurídica del derecho de la integración, a su legitimidad, su alcance y su vigencia, son temas sobre los que se han vertido un sin número de opiniones. Mucho se lo compara con el derecho comunitario; desde nuestra visión tal comparación no es pertinente. Las particularidades que reúne el derecho del MERCOSUR no se compadecen con las del ordenamiento que la Unión Europea denomina “derecho comunitario”. Esta tipología normativa que se gesta en el antiguo continente resulta de la elaboración de órganos supranacionales con personalidad jurídica distinta a la de sus miembros, a los cuales los Estados Partes les han conferido y delegado poder legisferante y jurisdiccional de carácter supraestatal.²¹¹

En el ámbito del MERCOSUR no existe uniformidad de criterios, por parte de los países miembros, ni legislativa, ni jurisprudencial; en cuanto a la jerarquía que debe otorgarse a la norma mercosureña.

Existe disparidad entre las normas constitucionales de los cuatro

Estados en cuanto a su tratamiento y consecuentemente, en cuanto a su interpretación y aplicación jurisprudencial.

Esta diferencia o asimetría aparentemente insalvable, tiene su explicación en dos motivos o cuestiones fundamentales:

- Los cuatro países no han -hasta hoy- consensuado un criterio de jerarquía de normas, existiendo en consecuencia jurisprudencia encontrada.
- No existe un tribunal jurisprudencial comunitario que interprete la normativa regional y fije un criterio de aplicación unívoco.

Para nuestro país, la reforma constitucional argentina del año 1.994, decide definitivamente la cuestión en sus artículos 31 y 75 incisos 22) y 24).

Así se dispone:

Artículo 31: *“Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso, y los tratados con potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación...”*

Artículo 75: “Corresponde al Congreso:

- inciso 22): *“Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. ...”*
- inciso 24): *“Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. ...”*

También la posición de nuestra Corte Suprema es clara al respecto. Posición que ya había sido adoptada aún con anterioridad a la reforma constitucional y reiterada en diversas causas.

La Constitución de la República del Paraguay admite, reconoce en su artículo 145 un orden jurídico supranacional.

²¹¹ CZAR de ZALDUENDO, Susana: “La institucionalización de los acuerdos regionales: El caso del Mercosur”- Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Ed. Albremática.

Sin embargo tanto la Constitución Uruguay en su artículo 6º), como la Brasileña en el Título I: “Dos Principios Fundamentais”, contienen declaraciones programáticas que propician la integración regional, pero nada dicen respecto de la jerarquía o supremacía de sus normas.

Ello ha permitido por ejemplo a los jueces brasileños adoptar distintos criterios atentando así contra la seguridad jurídica, y lo que es más grave aún, el Supremo Tribunal del Brasil se ha pronunciado en última instancia por la teoría dualista, tan contraria a la noción de un derecho regional.

En una sentencia del Tribunal de Derecho de Hacienda de Río Grande Do Sul, del 13 de enero de 1.998, se otorgó preeminencia al Tratado de Asunción por sobre el derecho interno del Brasil al sostener que era necesario la previa denuncia del Tratado de Asunción para que la legislación interna pueda disponer en sentido contrario a lo que él determina ya que un tratado contractual es un título de derecho subjetivo.

Ello dio lugar a elogiosos comentarios del embajador argentino en Brasil Dr. Jorge Herrera Vargas y de la doctrina en general.

Pero lamentablemente esta interpretación del derecho en el MERCOSUR no fue pacífica, y así el Supremo Tribunal Federal del Brasil el 4 de mayo de 1.998 negó el diligenciamiento de una medida precautoria fundada en el Protocolo de Medidas Cautelares, y solicitada por un juez argentino, por considerar dicho tribunal que esta norma no había sido aún formalmente incorporada a su derecho positivo interno del Brasil.

Se escucharon entonces numerosas manifestaciones en contra de esta resolución en el sentido que éste fallo del Supremo Tribunal Federal de Justicia de Brasil ha puesto en evidencia la endeblez de la estructura jurídica del MERCOSUR, demostrando en primer término la imperiosa necesidad de que los legisladores, abogados, jueces y demás personas interesadas del MERCOSUR conozcan los procedimientos de internalización de las normas de los Estados Parte.

Por su parte, el tema fue ampliamente tratado y debatido en el marco

del Primer encuentro de abogados del MERCOSUR, organizado por el Colegio de Abogados de San Isidro y que se llevó a cabo en Buenos Aires durante los días 4, 5, 6 y 7 de noviembre de 1.998. A pesar del esfuerzo realizados por los abogados brasileños asistentes, en defender aquella decisión, ésta fue firmemente criticada por los miembros de la Comisión I “Mercosur Institucional” en extensos debates.

En definitiva, se está desconociendo y cuestionando uno de los principios vigentes del derecho internacional como es el de aplicabilidad inmediata.

Conforme el artículo 27 de la Convención de Viena, los Estados están obligados a respetar y cumplir los preceptos establecidos en los tratados so pena de generar su responsabilidad internacional, y si además analizamos ello desde una concepción monista del derecho, los tratados celebrados con naciones extranjeras (léase Tratado de Asunción), debidamente aprobados por el Congreso u órgano legislativo pertinente, y ratificados por el Ejecutivo, pasan a formar parte del derecho interno sin necesidad de otro acto legislativo de incorporación.

Por cuanto podría entonces considerarse vigente en el ámbito del MERCOSUR el principio de aplicabilidad inmediata de sus normas y de todas las disposiciones de sus órganos, toda vez que el Tratado de Asunción ya ha sido ratificado e incorporado debidamente a los derechos nacionales de todos los Estados Miembros.

A pesar de lo antes dicho, el Protocolo de Ouro Preto, en el Capítulo IV referido a la Aplicación Interna de las Normas Emanadas de los Órganos del MERCOSUR, al establecer el procedimiento que debe seguir cada Estado con la norma comunitaria a los efectos de lograr su vigencia simultánea - lo cual es loable a fin de garantizar la igualdad de derechos de los habitantes de la región- se refiere a los procedimientos de incorporación de la norma mercosureña al ordenamiento jurídico nacional, echando por tierra todas las pretensiones doctrinarias en cuanto a la aplicabilidad inmediata y al efecto directo.

La aplicación interna de las normas del MERCOSUR

En el artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto se establece el procedimiento que deberá seguirse para posibilitar la entrada en vigencia en forma simultánea de las normas emanadas de los órganos con capacidad decisoria.

Así se establece que una vez aprobada la norma cada Estado deberá disponer medidas necesarias para permitir su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y lo comunicarán a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR. Una vez recibida todas las comunicaciones, la Secretaría informará este hecho a cada Estado parte, comenzando a regir la norma a los treinta (30) días de la fecha de dicha comunicación. Dentro de este plazo los Estados deberán dar publicidad del inicio de la vigencia de la norma respectiva en los diarios oficiales.

Así el artículo 40 de expresa:

Artículo 40: *“Con la finalidad de garantizar la vigencia simultánea en los Estados Partes de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el Art. 2 de este Protocolo, deberá seguirse el siguiente procedimiento.*

- i) Una vez aprobada la norma, los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR;*
- ii) Cuando todos los Estados Partes hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría Administrativa del MERCOSUR comunicará el hecho a cada Estado parte;*
- iii) Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados Partes 30 días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, en los términos del literal anterior. Con ese objetivo, los Estados Partes, dentro del plazo mencionado, darán publicidad del inicio de la vigencia de las referidas normas, por intermedio de sus respectivos diarios oficiales.”*

Como se desprende de la norma transcrita, en relación a la aplicación interna de las normas del MERCOSUR, los Estados han tomado el compromiso de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR, que poseen capacidad decisoria, debiendo informar a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR las medidas adoptadas para este fin.

Resta decir que la concepción dualista postulada por la doctrina italiana y alemana a través de autores de la talla de Anziolotti y Triepel, y adoptada por el Supremo Tribunal Federal del Brasil, resulta incompatible con la idea de derecho comunitario y la doctrina del efecto útil de los tratados.

En cuanto al efecto directo este principio no ha sido receptado en forma expresa por el Tratado de Asunción, pero la doctrina sostiene que de su consagración depende en buena medida, la institucionalización de sus objetivos. Y nada impide a que los particulares “puedan invocar y oponer el Derecho Comunitario en las controversias que se plantean ante los jueces locales en virtud de la conexión existente con el principio de la aplicabilidad inmediata de las normas...”

Las Decisiones del CMC N° 23/00 y 20/02, provocan un mejoramiento del sistema.

Aclara en primer lugar sobre las normas que no necesitan incorporación en ninguno de los países cuando regulan aspectos del funcionamiento interno del MERCOSUR. En algunos de los países, cuando hay normas nacionales idénticas, y/o cuando por su contenido obliga solo a uno o más países miembros.

También deberá el Estado Miembro incorporar el texto completo de la norma creada y/o modificada.

Deberán los Estados Parte implementar mecanismos de consulta previa y cuarentena para asegurar incorporaciones simultáneas.

Existen varios proyectos para ir a un sistema de incorporación directa de la norma, aun en análisis.

En diciembre de 2.004, no se pudo concretar la reforma programada al Protocolo de Ouro Preto, por lo que sé continuo elaborando trabajos técnicos para su futura reforma, que se encuentra en estudio.

IV.- b) La doctrina de nuestros tribunales: Fallos de la Corte Suprema de la R.A., caso “Cafes La virginia”.

Si intentamos efectuar un análisis del principio de supremacía o primacía del derecho internacional y regional a través de la interpretación que nuestros tribunales – en especial la corte Suprema de Justicia de la Nación -han efectuado respecto a la jerarquía de los tratados internacionales y regionales y su relación con las normas internas, observamos que, en su evolución se ha atravesado por distintas etapas.

Así es como entre 1.953 y 1.963, se interpretó el artículo 31 de nuestra Constitución Nacional de manera literal con un criterio dualista rígido, en cuanto dispone que son la ley suprema de la Nación, la Constitución, las leyes que dicte el Congreso Nacional y lo Tratados con potencias extranjeras.

Entendiéndose entonces, que el orden de enunciación establecido en la norma era un orden de prelación, se sostuvo la supremacía de las dos primeras –en tiempos de paz- sobre los tratados, como así también –y por aplicación del criterio dualista – la necesidad de incorporar el tratado al derecho interno mediante una ley, ya que “...en tanto se trate de mantener la paz o afianzar el comercio con potencias extranjeras, la república se conduce dentro de la orientaciones de la teoría dualista. Cuando se penetra en el terreno de la guerra en una causa propia...la cuestión se aparta de aquellos principios generales y coloca a la República y a su gobierno político en el trance de cumplir los tratados internacionales con todo el rigorismo de que pueden estar animados...”

En una segunda etapa se interpretó que en virtud a que tanto los

tratados como las leyes nacionales, son calificados como Ley Suprema de la Nación y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno.²¹²

A pesar a la aparente paridad e igualdad jerárquica de ambas normativas este criterio se podía desvirtuar en la aplicación práctica de los principios, que en el mismo fallo se establecen para solucionar los posibles conflictos entre ambos tipos de normas. Así se precisó también la vigencia del principio *lex posterioris derogat lex prioris*, de lo que resultaba que un tratado internacional podía perder su vigencia –aunque no fuese denunciado- si el Congreso Nacional dictaba una ley posterior que lo contrariara.

Así resultó fuertemente criticado el criterio que la misma Corte estableció para solucionar los posibles conflictos normativos especialmente por la doctrina iusprivatista, en el sentido que la norma posterior desplazaba a la anterior, dejando de lado el criterio de la especialidad que tenían los tratados, especialidad que estaba dada por la circunstancia de que el tratado regía en relación con un determinado número de países en un determinado espacio integrado por los Estados de los países vinculados por el tratado.²¹³

Se produjo un cambio fundamental en la jurisprudencia al establecerse en el año 1.992, en los autos “ Recurso de hecho, Eckmekjián, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y Otros”, “ ... La necesaria aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento el tratado internacional en los términos

²¹² CS, 1.963/11/06.- “Martín y Cía Ltda. S.A. c. Gobierno Nacional – Administración Gral de Puertos” - Considerando 6º: “Que corresponde establecer que ni el art. 31 ni el 100 de la Constitución Nacional atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Ambos –leyes y tratados- son igualmente calificados por el Congreso de la Nación y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno.” Pub. Colección de Análisis Jurisprudencial – Derecho Internacional Privado- Ed. La Ley – 2.004. p. 3 a 9.

²¹³ Así Goldschmidt, Biocca, y debates del Primer Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Mendoza 1.971.

del citado art. 27...”.²¹⁴

Queda así establecida la primacía relativa del derecho internacional sobre el derecho interno. Reiterándose este criterio en “Fibrica Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Salto de Grande”, “Servini de Cubría, A s/ Amparo”, entre otros.

Fallo: “Cafés La Virginia S. A. S/ Apelación (Por Denegación de Repetición).²¹⁵

La importancia del fallo a analizar está dada por que constituye en la jurisprudencia argentina, el “leading case” vinculado a acuerdos de integración regional. Si bien el caso en estudio es un nuevo ejemplo de la aplicación de la doctrina sentada en el caso “Eckmekjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y Otros”, la colisión normativa se produce entre una norma interna y un tratado de integración, significando ello el precedente a citar en el área regional.

En el caso en cuestión, se encontraban en confrontación una norma convencional – como lo era el Acuerdo N° 1 Argentino-Brasileño del 30 de abril de 1.983, firmado en el marco del Tratado de Montevideo de 1.980 de la ALADI-, con normas de derecho interno argentino – Resolución Ministerial N° 174/86-. Por esta última se cobró derechos arancelarios a la importación de granos de cafés, en violación al acuerdo regional oportunamente celebrado.

Una vez más, y citando el precedente del caso Fibrica, y los artículos. 31 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional –según reforma de 1.994-, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que: “...en atención a la imperatividad de los compromisos asumidos por nuestro país... la norma material contenida en el artículo 2º de la Res. Ministerial 174/86 entra en abierta colisión con la norma material que surge del Tratado

²¹⁴CS, 1.992/07/07.- “Eckmekjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y Otros” Pub. Colección de Análisis Jurisprudencial – Derecho Internacional Privado- Ed. La Ley – 2.004. p 10 a 36.

²¹⁵ CS, 13/10/1.994.- “Cafés La Virginia S. A. Pub. Colección de Análisis Jurisprudencial – Derecho Internacional Privado- Ed. La Ley – 2.004. p 48 a 70

Binacional. La aplicación por los órganos del estado Argentino de una norma interna que transgrede un tratado –además de constituir el incumplimiento de una obligación internacional– vulnera el principio de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas...”.

En igual sentido se dispuso que “...El legislador no tiene atribución para modificar un tratado por una ley y si bien podría dictar una ley que prescribiese disposiciones contrarias a un tratado o que hiciese imposible su cumplimiento, ese acto del Poder Legislativo comportaría una trasgresión al principio de las jerarquías de las normas (art. 31, Constitución Nacional) sería un acto constitucionalmente inválido”.

Cabe dejar aclarado que si bien el fallo se dicta con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Nacional de 1.994, no se aplican los nuevos incisos 22º) y 24º) del artículo 75, por cuanto los hechos en cuestión son anteriores a la reforma.

De todo cuanto hemos analizado hasta el momento surge claramente que la República Argentina ha adoptado, legislativa y jurisprudencialmente, el criterio monista con primacía relativa del derecho internacional para solucionar los posibles conflictos entre normas internas e internacionales.

Colofón: Algunas aproximaciones a la armonización en el MERCOSUR.

¿Cuál es el modo más conveniente de armonización para aplicar en un proceso de integración regional como el MERCOSUR?

Según Percerou, el legislador trata siempre en materia de quiebras, hallar la solución que esté más de acuerdo con la situación económica, social, y política de su propio país, pues de lo contrario sería prescindir de la realidad innegable de que en el mundo existen naciones diferentes, en las que juegan un rol importantísimo las características y costumbres locales de cada país en particular.²¹⁶

En este sentido Almeida, sostiene que no obstante que los Estados Parte del MERCOSUR, tienen decisión política de integrarse económicamente, ello ni significa prescindir de sus características particulares en lo social, político, económico y jurídico.

Por estas razones afirma que es conveniente buscar la armonización de la legislación –no la unificación- en el ámbito de los países del MERCOSUR, aún cuando en la Unión Europea se haya utilizado otro método.²¹⁷

En igual sentido se ha expresado el Panel N° 2 en su sesión plenaria en el punto Armonización de normas procesales en el MERCOSUR, del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal reunido. Donde se sostuvo: ...” 1.- La alternativa entre uniformidad y armonización, es conveniente optar por la segunda, se debe encarar la armonización en forma gradual, sin apresuramientos inconvenientes. 2.- Existe una doble vía para lograr la armonización: a) Protocolos complementarios. b) Códigos modelos... 3.- Son necesarias garantías de la armonización: a) contra las modificaciones

²¹⁶ PERCEROU - “Segundo Congreso Internacional de Derecho Comparado” según cita ALMEIDA, Jorge Ricardo: “Necesidad de una legislación concursal armonizada en el ámbito del Mercosur”.

²¹⁷ ALMEIDA, Jorge Ricardo: “ Necesidad de una legislación ...” ob. cit.

unilaterales de los textos armonizados, b) De la interpretación y aplicación uniforme. “

Parecería que en la propuesta sostenida en el referido Congreso, se están confundiendo los mecanismos de armonización o armonía legislativa (mediante la utilización de normas de conflicto sin modificación de derecho sustancial) y la uniformidad (mediante la utilización de normas directas y adopción de idénticas soluciones de fondo).

La armonización mediante el empleo de normas de conflicto, como ya explicáramos, solo conduce a la adopción de idénticos criterios de distribución de competencias legislativas y jurisdiccionales, pero no implica la adopción de igual solución en cuanto al sistema de verificación, la clasificación de los créditos, la distinción de acreedores locales, o extranjeros, etc. Por lo tanto, no implicaría indefectiblemente la adopción de idéntica solución de fondo que deba ser “garantizada y uniformemente interpretada y armonizada”.

Por otra parte, consideramos que si bien los “temores a encarar la elaboración de un texto uniforme” parecerían resultar válidos, las garantías pretendidas de “protección contra las modificación unilateral del texto armonizado, y de interpretación y aplicación uniforme” solo pueden obtenerse mediante un texto único.

Si bien es cierto que cualquier Estado queda internacionalmente obligado con la firma, ratificación, adopción, de cualquier texto internacional o regional, conserva siempre su derecho a denunciarlo, y eventualmente hasta de incumplirlo (generando las responsabilidades internacionales del caso). Pero nada puede obstar, impedir, sin afectar su soberanía, modificar su legislación interna en sentido contrario al compromiso internacionalmente asumido.

Almeida indica que en materia concursal, el inicio de los estudios sobre la factibilidad de una legislación armonizada en el MERCOSUR, debería partir de precisar y adoptar principios rectores de naturaleza general, en una primera etapa; para luego sí considerar los propios, particulares de

cada país. Así afirma “se nos ocurre que un principio a tener en cuenta sería el que nos hemos atrevido a denominarlo como: el *principio de localización*.”²¹⁸

Este principio tendría su vigencia solamente en un proceso de integración regional económico. La idea sería que todos los acreedores que estén legitimados para percibir créditos en cualquiera de los países miembros de dicho proceso de integración regional, deben ser considerados en un plano de igualdad en cuanto a la graduación y preferencias de cobros de dichos créditos, con independencia de su país de origen y del domicilio social o principal del deudor. Se crea de esta forma una nueva categoría de acreedores: acreedores comunitarios, diferenciándose así de los acreedores locales; lo que no significa que estén en contraposición, sino en un marco de consideración y tratamiento con éstos. De la misma manera, habría un deudor de naturaleza nacional y comunitario a la vez.

Adelantándonos en nuestras conclusiones afirmamos que no podemos dejar de estar de acuerdo –al menos parcialmente con el autor referido en cuanto que su propuesta de “no discriminación” (al que denomina “principio de localización”) ya que el mismo resulta un imperativo del propio tratado de Asunción, como así también de otros documentos regionales atinentes a cuestiones económicas, como por ejemplo la promoción de las inversiones en el área.²¹⁹

No obstante disentimos en cuanto a la creación de una nueva categoría de acreedores distintos de los “acreedores locales”, a los que denomina “acreedores comunitarios”. Más allá de considerar inapropiada la denominación de “comunitarios” a los acreedores mercosureños debiendo referírseles como “acreedores regionales”, consecuente con la distinción antes efectuada en base a las características del derecho vigente en el área; nos parece indicado –y en este sentido se encamina nuestra propuesta- que la distinción (de ser conveniente efectuarla) debe mantenerse respecto de

²¹⁸ ALMEIDA, Jorge Ricardo: “Necesidad de una legislación ...”. ob. cit.

los acreedores internacionales extra-área integrada y no con los locales Inter-estatales. De la clasificación propuesta por el Dr. Almeida parecería entonces que deberíamos distinguir entre acreedores locales, no locales o extranjeros y acreedores regionales.

No encontramos fundamento suficiente que autorice la distinción entre los acreedores locales y los regionales, máxime por la vigencia del principio de no discriminación. Para la postura que proponemos, ambos deben estar sometidos a idéntico régimen de calificación y preferencia de créditos, requisitos para la verificación, etc. por imperativo del propio Tratado de Asunción, es decir que cuando en un proceso falencial se encuentren comprendidos, vinculados o afectados, acreedores nacionales y regionales, todos ellos deberán ser considerados como “acreedores locales y consecuentemente sometidos a idéntico régimen legal.

En cambio si en el proceso participan acreedores foráneos o extranjeros partiendo de aquella calificación que los indicaba como acreedores que sus créditos son pagaderos en el exterior, debemos interpretar ahora, que son ajenos al área integrada.

Entonces nos podemos encontrar ante tres especies de procesos falenciales:

- La Quiebra Nacional: donde el domicilio del deudor y su patrimonio y el lugar de pago de la totalidad de los créditos verificados, se encuentran dentro de los límites territoriales de un mismo Estado, y por lo tanto sometido a su derecho nacional.
- La Quiebra Regional: donde la actividad del deudor se ha desarrollado dentro de los límites territoriales del espacio integrado, poseyendo un patrimonio regionalmente disperso, y acreedores locales (nacionales y regionales). En este caso el proceso deberá estar sometido al derecho concursal regional, cuya elaboración se propugna.
- La Quiebra Internacional: Donde la actividad del deudor ha excedido

²¹⁹ Ver Protocolo de Las Leñas, sobre inversiones que establece la prohibición de discriminar entre empresas nacionales de países miembros y las locales.

los límites nacionales y también regionales. Posee un patrimonio internacionalmente disperso, y participarán en el proceso los acreedores locales (nacionales y regionales) y extranjeros (con créditos pagaderos en países fuera del área integrada). En este supuesto deberá regirse el proceso por los acuerdos internacionales que en la materia puedan existir, y a falta de acuerdo recobra todo vigor y fundamento el derecho falencial de fuente interna. Es quizá ante este supuesto donde por la imposibilidad de aplicar distinto régimen concursal a los distintos acreedores y por la vigencia de la “*pars condictio creditorum*” entre otras cuestiones, donde se nota la importancia de adecuar la regulación de fuente interna de la quiebra internacional a la regional.

A su turno, Almeida explica que el contenido del referido principio de localización comprendería tres aspectos: a) el de la jurisdicción, b) el de competencia, y c) el de la legislación aplicable.

Dichas cuestiones, considero, comprenden el contenido en sí de todo el proceso de armonización legislativa (empleado el término en su concepto más amplio), y no sólo de uno de los principios que se proponen para regir la materia (el de igualdad o no discriminación).

Es cierto que la armonización debe abarcar, comprender todos los aspectos del proceso de falencia ya que aquellas cuestiones no resueltas, serán regidas por el derecho interno del Estado cuyos tribunales entiendan en la causa. Por ello es esencial la determinación del juez competente como de todas las cuestiones relativas al concurso.

Esto nos conduce a la pregunta inicial ¿Cuál es el modo más conveniente de armonización para aplicar en un proceso de integración regional como el MERCOSUR?

Consideramos imperioso e irreversible el camino hacia la armonización regional, no obstante el paso continuo y firme, debe actuarse de manera prudente, para garantizar la seguridad.

- En tanto que en el área integrada del MERCOSUR, no se cuenta con la organización de un único poder judicial, debe procederse a la

armonización de la jurisdicción competente a través de normas indirectas o de conflicto.

- No obstante ello, cualquiera fuere el juez designado como competente, deberá aplicar, someter el régimen concursal regional a una única ley. El tema de la quiebra regional no puede permanecer regulado por las normas de conflicto de cada estado miembro en razón a las asimetrías existentes en materia de quiebra transnacional en el derecho interno de los mismos, por cuanto debe abocarse a su pronta armonización.
- Un texto normativo específicamente elaborado para el área del MERCOSUR garantizará la certidumbre jurídica, no solo referente a la cuestión de los concursos y quiebras transfronterizas, sino también al desenvolvimiento de los negocios regionales, a la atracción de nuevas inversiones, y contribuirá al afianzamiento del área integrada.
- Si bien para la elaboración de dicho marco normativo debe considerarse especialmente las realizaciones en otras áreas integradas, como así también antecedentes latinoamericanos por constituir instrumentos particulares altamente valiosos. No obstante ello, en la elaboración del marco jurídico del MERCOSUR no podrá adoptarse el método del modelo matemático, y deberán tenerse especialmente en cuenta las variables, políticas, económicas, sociales, culturales, y los objetivos propios fijados en el área. El cauce más idóneo para superar las asimetrías el de la ley especial, que deberá elaborarse teniendo en cuenta el método de campo.
- 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.
- En las áreas integradas en general, y en el tema de insolvencia de empresas, quiebras y salvataje en particular, es conveniente arribar a la unificación legislativa mediante la elección de normas directas, ya que la utilización del derecho interno al que se arribe a través del empleo de la norma de conflicto, podría dar distintas soluciones a una misma situación, según sea de aplicación el derecho de uno u otro Estado Parte.

CAPÍTULO III

LA INSOLVENCIA INTERNACIONAL

Introducción

Título I: Cuestiones propias de la insolvencia internacional

- a) La quiebra internacional y la quiebra regional.
- b) Distintos sistemas: Territorialidad y Extraterritorialidad. Unidad y Pluralidad. Argumentos a favor y en contra. Sistemas Intermedios.
- c) El régimen de la quiebra internacional en el derecho de fuente convencional.

Título II. Sistema de Derecho Internacional Privado Argentino en materia de insolvencia internacional de Fuente Convencional:

- a) La quiebra en el MERCOSUR
- b) El Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1.889: Ámbito espacial de aplicación – Ámbito material de aplicación – Sistema adoptado: ¿Unidad o pluralidad? – El efecto extraterritorial de la declaración de quiebra – Universalidad ¿con juicio único o procesos plurales? – Acreedores locales: clasificación – Medidas precautorias – Autoridad y funciones del Síndico – Medidas personales de carácter civil – Rehabilitación - Jurisprudencia
- c) Soluciones de la realización codificadora entre Argentina, Paraguay y Uruguay:
 - 1) El Tratado de Derecho Comercial Internacional Terrestre de Montevideo de 1.940: Introducción – Juez competente – Jurisprudencia: Caso Ives Saint Laurent Parfums. Caso Federal S.A. (Delbene Hnos. y Sabia Ltda.) s/ quiebra s/ inc. de medidas cautelares. Caso Adams an Adler S.A s/ pedido de quiebra (por Plubiestadios SA). Caso Ridiwel S.A - Ley aplicable - Acreedores locales y extranjeros – Publicidad - Disponibilidad de los

remanentes - Bienes situados en territorio donde no se promueve juicio de quiebra - Juicio único y pluralidad de masas - Exclusión de bienes - Preferencias Nacionales - Facultades del Síndico – Jurisprudencia: Mefina S.A.F. y de Mandatos, su quiebra-Incidente de realización de bienes en el Uruguay - Rehabilitación del Fallido - Responsabilidad civil del fallido.

2) Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1.940

Título III: La situación de Brasil, Venezuela y los países asociados Bolivia y Chile:

- d) El Código de Sánchez de Bustamante y Sirvén.
- e) Sistema de Universalidad: La extraterritorialidad.
- f) Universalidad con ¿Juicio único o juicios plurales?

Colofón: Algunas conclusiones en el ámbito internacional y regional.
Propuesta.

La Insolvencia Internacional

Introducción:

Las dificultades económicas, la crisis empresarial o la insolvencia que puede llevar al comerciante, sea este una persona física o jurídica, a caer en concurso o quiebra, haya sido ésta solicitada por los acreedores o por el propio deudor, es sin ningún lugar a dudas, una cuestión sumamente compleja.

Así, históricamente se han buscado distintas soluciones frente a la situación económica desfavorable de un comerciante; y la declaración de falencia, la quiebra, ha sido el procedimiento que por excelencia se ha adoptado para posibilitar la aprehensión del patrimonio del concursado para lograr su distribución de manera equitativa e igualitaria.

Esta fue la primera respuesta que opera 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.

Posteriormente veremos como, abandonando la idea de la quiebra como situación reprochable moral y socialmente, se permite al deudor que se encuentra en estado de cesación de pagos, intentar recomponer su situación, a través de distintos procedimientos de reestructuración, reflotamiento o salvataje de la empresa, mediante 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.

Rouillon afirma que constituyen problemas actuales 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 los empleos.²²⁰

Cabe aclarar que en realidad el procedimiento concursal es comprensivo tanto del concurso preventivo como de la quiebra misma, aunque generalmente los autores utilizan el término de *quiebra* para referir al proceso de liquidación de los bienes del deudor, y reservan el término *concurso* –sin más– para hacer referencia a un solo tipo o proceso de falencia como lo es el concurso preventivo.

La quiebra es el proceso liquidatorio de los bienes del deudor insolvente que no puede hacer frente a la totalidad de los compromisos asumidos para el normal desarrollo de su actividad comercial o empresarial. Es frente a la certeza del carácter irremediable de dicha situación que corresponde reunir el patrimonio del deudor en un solo proceso, a fin de, una vez producido la totalidad de su activo (bienes y créditos) hacer frente, satisfacer en alguna medida las legítimas expectativas de sus deudores.

A su turno el concurso (preventivo) es un procedimiento por el cual 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 quiebra 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.

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

²²⁰ ROUILLÓN, Adolfo A. N.: “Concursos con repercusión transnacional – La Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Insolvencia Transfronteriza.” Publicado en ANALES de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XLV, segunda época, número 38. Noviembre 2.000. pag. 1

quiebra) es condenar a todos los participantes (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 la ayuda necesaria para superar la crisis y retomar el normal y buen rumbo de sus negocios.

Este nuevo concepto de la supervivencia o el mantenimiento de la empresa, no debe ser aplicado a ciegas, o en forma automática en todo proceso falencial, sino todo lo contrario. Debe ser el resultado de un análisis minucioso de la real situación de la empresa, las posibilidades ciertas de recuperación y los eventuales efectos que su continuidad o disolución provocarían en el mercado y en la sociedad en general.

En el presente trabajo utilizaremos convencionalmente el término de “empresas en dificultades económicas” cuando las respuestas o soluciones jurídicas a estas situaciones no sean de índole concursal y reservaremos el término “crisis de la empresa” para referirnos a aquellas situaciones que conducen a los procedimientos concursales.

Título I

Cuestiones propias de la insolvencia internacional

- a) La quiebra internacional y la quiebra regional. Consideraciones generales.
- b) Distintos sistemas: Territorialidad y Extraterritorialidad. Unidad y Pluralidad. Argumentos a favor y en contra. Sistemas intermedios.
- c) El régimen de la quiebra internacional en el derecho de fuente convencional.

I.- a) La quiebra internacional y la quiebra regional:

Consideraciones Generales

Como ya hemos anticipado, cada vez con más frecuencia el accionar del hombre, su actividad empresarial, (o sus efectos) trasciende el ámbito nacional.

Cuando la actividad económica desborda las fronteras de un Estado dando lugar al anudamiento de una corriente continua, incesante de negocios internacionales, puede resultar en su desarrollo -como ocurre en la mayoría de los casos-, una gestión exitosa; más en otras ocasiones pueden resultar inconvenientes o desencadenar fracasos, y dicha situación adversa concluir en estado de insolvencia y quiebra internacional.

Hoy más que nunca los hombres de negocios proyectan su actividad superando las fronteras estatales mediante la realización de actos aislados o de manera esporádica, o también a través del anudamiento de relaciones jurídicas y comerciales, estableciendo sucursales, agencias, filiales u otro tipo de representación fuera del país de su constitución, o celebrando contratos de colaboración empresarial, o franquicias, entre distintas modalidades que le permiten ampliar mercados y lograr su expansión económica.

Todo ello, posibilita, estimula y favorece la radicación de bienes, la adquisición de créditos, la constitución de obligaciones de diversa índole en un escenario internacional, conformándose así lo que la doctrina ha dado en llamar “un patrimonio internacionalmente disperso”, y cuya existencia es lo que permite hablar de insolvencia o quiebra internacional, frente a una situación de crisis profunda de la empresa, que le imposibilita hacer frente a sus deudas de una manera permanente.

Es así como frente a esta situación de inestabilidad y crisis los derechos nacionales pueden estructurar procedimientos judiciales especiales, encaminados a la satisfacción de las deudas impagas por el deudor insolvente, en los que el conjunto de los acreedores, representados por un síndico, ejecuta los bienes del deudor, liquida el patrimonio y distribuye los dividendos de manera proporcional, respetando la igualdad en los créditos del mismo rango.

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. 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 de los negocios, en bien de la economía privada y la economía general.²²¹

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 y operación comercial en ese Estado.

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.

No obstante ello, a pesar de la trascendencia de la cuestión, y siguiendo las palabras de Walter J. E. Würst²²² podemos decir que la mayoría de los Estados no regulan en sus legislaciones nacionales el fenómeno de la quiebra internacional o extranacional, que la doctrina ha caracterizado como aquella que afecta a un comerciante o una sociedad comercial que posee un patrimonio internacionalmente disperso.²²³

Como vimos el achicamiento de los espacios, el acercamiento de las fronteras (producto del avance tecnológico y de medios de comunicación), ha producido que cada vez, con mayor habitualidad se den situaciones de actividad extranacional, internacional o regional, resultando entonces imprescindible conocer esta problemática y su regulación para dar una respuesta eficaz ante un caso concreto.

Debemos tener presente que el régimen de la quiebra internacional puede estar regido por normas de derecho internacional privado interno (normas indirectas o reglas de conflicto) o contenido en tratados internacionales y regionales (fuente convencional que a su vez, puede regular la cuestión a través de normas directas o indirectas).

En lo que respecta al ámbito regional, sabido es que en el MERCOSUR se requiere, en forma imperiosa, emprender las tareas de armonización legislativa de todas aquellas cuestiones que faciliten la integración y contribuyan a la consecución de sus objetivos ya que es el propio Tratado de Asunción quien impone la obligación de armonizar la legislación en las áreas pertinentes.

²²¹ GARCÍA MARTINEZ, Francisco: "El concordato y la quiebra" T. I p. 275. citado por García Martínez, Roberto y García Martínez, Roberto (h) en El régimen internacional del concurso en la ley 24.522 y la reforma constitucional de 1.994.

²²² WURST, Walter J. E.: "La Quiebra Extranacional". Revista de Derecho Comercial y Obligaciones. 1.996. Pag. 443-466.

I.- b) Distintos sistemas:

Unidad o Pluralidad de Concursos:

Es de destacar que el hecho de poseer un patrimonio internacionalmente disperso, ocasiona que las relaciones jurídicas que tengan sus bienes por objeto queden sometidas 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 soberanía nacionales?

Estos interrogantes, y muchos otros se plantean frente a la quiebra e intentan ser resueltos por la doctrina mediante la adopción de uno de los dos principios antagónicos que fundamentan en distintas cuestiones.

En el derecho comparado, tres son principalmente los sistemas que contemplan los efectos que se producen con la declaración de quiebra en lo internacional, que la doctrina suele definir o calificar de la siguiente manera:²²⁴

- a) el de la unidad, que en lo esencial, 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, se basaría en el principio de la extraterritorialidad;
- b) el de la pluralidad de la quiebra, que implica que la quiebra es declarada en todos aquellos países en que el deudor tenga bienes o deudas, hay varios juicios, respetaría el principio de la territorialidad, y

²²³ KALLER de ORCHANSKY, Berta: "Nuevo Manual de derecho internacional privado". Ed. Plus Ultra. Bs. As. 1.991.

²²⁴ ALMEIDA, Jorge Ricardo: "Necesidad de una legislación concursal...", ob. cit.

- 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.

La adopción del sistema de la pluralidad conlleva a que se abrirán tantos procesos y se aplicarán tantas leyes como bienes existan en distintos territorios. La unidad de la quiebra implica en cambio, el sometimiento a una única ley.

Como vimos, parte de la doctrina afirma que la pluralidad de la quiebra es una consecuencia del principio de territorialidad, y que la extraterritorialidad implica juicio único o unidad de proceso y ley aplicable. Se sostiene que, constituyendo la quiebra la ejecución colectiva de un patrimonio en condiciones de igualdad para los acreedores, únicamente se concibe la unidad. La declaración de quiebra tiene efecto extraterritorial no sólo en cuanto al reconocimiento del estado de cesación de pagos que genera la apertura de concursos en el extranjero pues también la declaración de la quiebra es universal. El fundamento se asienta en las necesidades del comercio internacional.²²⁵ Dicha relación no es tan exacta.

Si bien la adopción del principio territorialista, lleva a la apertura de juicios plurales sólo se abrirán en aquellos estados en donde el deudor esté en estado de cesación de pagos, en virtud a que la declaración de insolvencia de un Estado, carece de efectos fuera de su territorio.

Por otra parte, la extraterritorialidad se puede admitir sin la unidad y viceversa, no siempre cuando hay pluralidad habrá territorialidad.²²⁶

Los dos regímenes que prevalecen en el derecho internacional privado sobre las quiebras, son: 1) el de la unidad y universalidad, según el cual una vez declarada la quiebra por juez competente, ésta produce efectos extraterritoriales en todos los países, cualquiera sea el sitio donde bienes y

²²⁵ WEINBERG de ROCA, Inés: "Concursos Internacionales en la ley 24.522", con cita de Sosa, Gualterio Lucas: "El concurso extranjero y el pago con subrogación" Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Nº 37 a 39.

²²⁶ COLOMBO ARNOLDI, Roberto: "A Declaração Da Falência E Seus Efeitos Jurídicos No Âmbito Do Mercosul. Falência Declaradas No Estrangeiro", en Empresa y MERCOSUR, Buenos Aires. Año 1.997, p. 414.

acreedores se encuentren; salvo si el deudor poseyera establecimientos o unidades económicas absoluta y totalmente separados entre sí; 2) el de la pluralidad de quiebras, propio del sistema territorial, y donde la pluralidad de juicios depende de la voluntad de los acreedores, siendo facultativa y no imperativa.²²⁷

El principio territorialista es defendido por quienes sostienen que:

- Favorece el comercio internacional al posibilitar la continuidad de la actividad del deudor en aquellos Estados en donde no se encuentra en cesación de pagos. Si se admitiera que la quiebra declarada en un Estado propagara sus efectos en el territorio de los estados donde hubiera bienes del deudor, se paralizaría su actividad comercial y se le impediría restablecer su equilibrio económico.
- El estatuto de la quiebra es real pues lo importante son los bienes y no la persona del deudor.
- La liquidación de esos bienes está regulada por normas procesales de orden público inderogables por disposiciones extranjeras.
- La imposibilidad de regular un fenómeno internacional a nivel local.
- La conveniencia de la inmutabilidad del régimen legal de bienes.
- La defensa de la soberanía nacional.

La extraterritorialidad implica el reconocimiento “fuera de las fronteras del Estado” de la declaración de insolvencia. Es decir que probada la cesación de pagos en un Estado, y declarada la quiebra, ella será reconocida y surtirá efectos en todos los Estados en donde el fallido posea bienes o créditos. Asimismo, la extraterritorialidad puede regularse a través de un juicio único o de procesos plurales que sean consecuencia o producto del reconocimiento “extraterritorial” del estado de cesación de pagos. Consecuencia de ello es la posible apertura de “quiebras solventes” por la existencia de mayor activo que deudas.

²²⁷ GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto y GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto (h): “El régimen internacional del concurso en la ley 24.522 y la reforma constitucional de 1.994”. p.873.

Quienes aceptan este sistema lo fundamentan en distintos argumentos como ser:

- La preeminencia de la persona del fallido sobre el lugar de situación de sus bienes. No quiebra el patrimonio, quiebra el deudor. El estatuto de la quiebra es personal pues su objeto principal es la persona y no sus bienes.
- Que quien es fallido en un Estado debe serlo en los demás.
- Que el patrimonio (como atributo de la persona) es único y como tal, constituye la prenda común de los acreedores, etc.
- Y en la extraterritorialidad de la sentencia de quiebra. La sentencia de quiebra (como toda sentencia) debe ser reconocida y ejecutada en otro Estado. Podemos encontrar el fundamento de esta afirmación en la doctrina savignyana que sostenía la extraterritorialidad en la Comunidad Jurídica de las Naciones.²²⁸
- La extraterritorialidad del auto declarativo de quiebra se funda, además, en las necesidades del comercio internacional.

Ahora bien, no debemos confundir la antinomia extraterritorialidad-territorialidad con unidad-pluralidad. En efecto, si bien el sistema territorialista conlleva necesariamente la pluralidad de juicios, el sistema extraterritorialista admite ambas modalidades: unidad y pluralidad. Téngase presente que la extraterritorialidad no significa juicio único. Su característica definitoria consiste, como dijimos, en el reconocimiento extraterritorial del hecho generador de la quiebra, es decir, del estado de insolvencia.

Tampoco debe confundirse la pluralidad de juicios de quiebra, propia del sistema territorialista, y la pluralidad de juicios posible dentro del sistema extraterritorialista, existiendo diferencias notorias.²²⁹

²²⁸ Federico Carlos de Savigny difundió el principio de la comunidad jurídica de los estados, con base en común inspiración, espíritu, civilización, principios básicos y leyes, es decir concordancia en las bases fundamentales de la organización jurídica, de manera que en un país pueden aplicarse las leyes de otro y solucionarse las diferencias legislativas que no lleguen a herir el fondo o *sustratum* de la legislación de cada estado integrante de esa comunidad jurídica.

²²⁹ KALLER de ORCHANSKY, Berta: "Nuevo manual de ...". ob. cit. p. 489

a) En el sistema territorialista, la pluralidad de juicios depende de la voluntad de los acreedores, es decir es facultativa; en cambio en el sistema de la extraterritorialidad, la pluralidad de juicios es imperativa.

b) Los juicios, en el sistema territorialista se siguen sucesivamente, en el sistema extraterritorialista, se siguen simultáneamente.

c) El carácter imperativo de la pluralidad de juicios, dentro del sistema extraterritorialista, puede provocar quiebras solventes en aquellos países en que el activo supere el pasivo, y el sobrante que resulte debe ser puesto a disposición de los jueces de las quiebras insolventes. Esta situación se denomina la *disponibilidad internacional de los remanentes*.

Precisamente esta aclaración cabe para el sistema de regulación adoptado por los Tratados de Montevideo, que admiten ambas modalidades.

Sistemas Intermedios:

La práctica ha demostrado las deficiencias, la imposibilidad de la aplicación en su forma pura de los sistemas antagónicos antes detallados.

En efecto, ningún país aplica un sistema u otro sino con algún grado de desviación, de alteración, en relación con la pureza de su formulación.²³⁰ Por ello se han buscado soluciones intermedias, conciliadoras entre ambos extremos, elaborándose sistemas denominados mixtos, eclécticos o intermedios.

Estos sistemas pueden prever y regular la existencia de un procedimiento principal y la facultad de abrir procedimientos secundarios; o que la quiebra declarada en un Estado, se extienda a los bienes muebles existentes fuera del mismo, pero no a los inmuebles; o bien se reconocen efectos extraterritoriales en cuanto a las personas, pero no en cuanto a los bienes, entre otros supuestos.

Un claro ejemplo de sistema intermedio de procedimiento principal y secundarios ha sido el adoptado en los últimos años en la Unión Europea,

²³⁰ BERENDS, Andre J.: "The UNCITRAL Model Law on cross-border insolvency: a comprehensive overview", en Tulane Journal of International and Comparative Law N° 66, Primavera, 1.992.

por el Reglamento (CE) N° 1346/2000 sobre Procedimientos de Insolvencia²³¹ del Consejo Europeo del 29 de mayo de 2.000, en vigor desde el 31 de mayo de 2.002. Esta normativa típicamente comunitaria, tal como veremos, ha optado por un sistema coordinado entre un procedimiento principal y procedimiento/s secundario/s. En consecuencia, el referido procedimiento principal tiene alcance universal y efectos extraterritoriales, pero se pueden incoar procedimientos secundarios paralelos, territoriales, locales, en principio posteriores a la apertura del procedimiento principal y de liquidación en los Estados miembros en los que el deudor tenga un establecimiento.

Asimismo y la Ley Modelo UNCITRAL sobre insolvencia Transfronteriza de 1.997²³² adopta, según analizaremos, un sistema similar de procedimientos principales y no principales.

A partir de la elaboración de estos nuevos marcos normativos, algunos autores hablan de un tercer sistema o principio: el de la universalidad cualificada o modificada, según el cual existiría un foro central, o principal en una jurisdicción determinada, con efectos extraterritoriales y

²³¹ Entre la extensa bibliografía que puede consultarse sobre el tema puede verse: "La actividad desarrollada por las Comunidades en el ámbito del Derecho Concursal", por Carlos ESPULGUES MOTA en Noticias CEE, julio de 1.993, p. 43; "Nuevas perspectivas en el proceso de armonización del Derecho Privado y del Derecho internacional privado en Europa", por Carlos ESPULGUES MOTA, en Revista de Derecho Comunitario, Rubinzal, p. 481 a 505, "Un paso más en la profundización del proceso de integración jurídica europea: el reglamento del Consejo del 29 de mayo de 2.000 sobre Procedimiento de Insolvencia", por Carlos ESPULGUES MOTA en Revista de Derecho privado y Comunitario 3, págs. 711 a 757, 2.001 y en RDCO, año 33, 2.000, págs 355 a 395, "El convenio de Bruselas de 1.995: ¿un modelo a imitar para el ámbito del Mercosur?", por Isabel CANDELARIO MACÍAS, en www.derecho.org, "Aproximación a la iniciativa del Reglamento del Consejo Europeo sobre procedimientos de insolvencia (1999/c 221/06): ¿Más de lo mismo?", por Isabel CANDELARIO MACÍAS, en Rivista il Diritto Fallimentare e della Società Commerciale, N° 6, noviembre - diciembre 1.999, págs. 1226 a 1260, "Unification législative internationale récente en matière d'insolvabilité et de faillite" por Ernest KRINGS en www.unidroit.org y en www.uncitral.org, "La ley Modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza del 30 de mayo de 1997: ¿de la hambruna al exceso?", por Carlos ESPULGUES MOTA, en Cuadernos de Derecho y Comercio N° 27, diciembre de 1.998, p. 49 y ss., "Concursos con repercusión transnacional. La Ley modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Insolvencia transfronteriza", por Adolfo A. N. ROUILLON, en www.iiiglobal.org, "Advances in cross-border insolvency cooperation: the UNCITRAL model law on cross-border insolvency", por Ronald SILVERMAN, en ILSA Journal of international and comparative law, Spring, 2.000; "International Bankruptcy Law. The International Year in Review", por BRUCE Leonard, en Norton Annual Survey of Bankruptcy Law, 2.002 Edition.

²³² Este documento fue elaborado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, a los fines de servir como guía o modelo para los Estados que procuren una modificación del sistema de la insolvencia internacional o transfronteriza en sus normas de derecho o fuente interna.

que al mismo tiempo, a su alrededor, se coordinarían y subordinarían otros procedimientos paralelos, secundarios, auxiliares, territoriales, en otras jurisdicciones.²³³

Ante estas alternativas, cabría preguntarse, no sólo en el ámbito académico cual de ellas es más conveniente adoptar, sino también analizar desde el punto de vista práctico cual es el sistema imperante en la República Argentina ¿es tan fácil determinar qué sistema adoptó la LCQ? ¿Cuál es el sistema reconocido y regulado en los tratados internacionales? y a falta de tratado que nos vincule con el Estado en donde el deudor fallido tiene su sede principal, ¿se aplica el derecho internacional de fuente interna, o corresponde la aplicación analógica de los tratados internacionales?

I.- c) El régimen de la quiebra internacional en el derecho de fuente convencional:

Las dificultades que suscita la materia del régimen internacional de la quiebra históricamente han motivado la realización de una serie de tentativas de unificación o de armonía por medio del establecimiento de normas jurídicas.

Se han ocupado de esta cuestión numerosos congresos y conferencias internacionales, pudiendo mencionar entre las pioneras al Congreso Internacional de Comercio y de la Industria de París de 1.878²³⁴, y en 1.880 tuvo lugar la reunión del Congreso de Turín que ejerció una gran influencia como orientación doctrinaria en la Europa continental, el cual se inclinó por el sistema de la unidad a través de la celebración de convenciones internacionales.

El Instituto de Derecho Internacional Privado en su sesión de París de 1.894 adoptó una serie de reglas sobre la quiebra, y en su sesión de Bruselas de 1.902 aceptó de modo categórico el principio de la unidad.

²³³ MORALES de SETIÉN RAVINA, Carlos F.: "Análisis de las propuestas recientes en materia de insolvencia internacional: una aproximación a sus principios y procedimientos", en Revista de Derecho Privado N° 23, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 1.999, p 43.

²³⁴ En dicha oportunidad se pronunciaron a favor de la teoría de la universalidad de la quiebra.

La cuestión también fue debatida en las Conferencias de La Haya de 1.894 y 1.904, elaborándose en la última referida, un proyecto de resolución que sirviera de tratado modelo de las convenciones Inter-estadales a fin de allanar las dificultades.

En el ámbito americano no han perdido importancia las realizaciones de los Congresos Sudamericanos desarrollados en Montevideo en 1.888/1.889 y 1.939/1.940. Obra de dichos Congresos son los aún vigentes Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1.889²³⁵, que vincula a la Argentina con Bolivia, Perú y Colombia; y el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1.940, que nos vincula, nos relaciona con Uruguay y Paraguay.²³⁶

Es importante destacar el valor de éste último instrumento en el ámbito regional del MERCOSUR ya que vincula a tres de los países miembros del espacio integrado, hasta tanto sea elaborada una norma específica de vigencia en el área.

Asimismo cabe mencionar el Código de Derecho Internacional Privado de Sánchez de Bustamante y Sirvén, producto de la Sexta Conferencia Panamericana, desarrollada en La Habana – Cuba - en 1.928, ratificado entre otros países por, Brasil, Bolivia, Chile y Venezuela.

Conviene tener presente las dificultades que se producen en la práctica, debido a la existencia de diversos instrumentos convencionales en vigencia en una misma área integrada. Piénsese simplemente en la quiebra de una empresa regional con sede comercial en un estado parte, y con sucursales, y/o casas comerciales independientes, créditos y deudas en otros estados parte o estados asociados, donde rigen distintos instrumentos internacionales, por no encontrarse armonizado el sistema normativo en esta materia.

²³⁵ Tratado de Derecho Comercial Internacional firmado en Montevideo el 12 de febrero de 1.889 por los plenipotenciarios de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile Paraguay, Perú y Uruguay, y ratificado por los gobiernos de Argentina (por Ley 3192 el 11 de diciembre de 1.894.), Paraguay (en 1.888), Uruguay (en 1.892), Bolivia (en 1.903), Perú (en 1.889) y adhirió Colombia (en 1.933).

²³⁶ Argentina ratificó el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1.940 por decreto-ley 7771/56, sancionado y promulgado el 27 de abril de 1.956 (B.O. 8/5/56).

Resulta importante resaltar la obra desarrollada por la UNCITRAL, dando origen a la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza de 1.997²³⁷ y el Reglamento N° 1346/00 del Consejo de Europa sobre Procedimiento de Insolvencia Internacional vigente desde mayo de 2.002 en la Unión Europea, los cuales sin duda alguna, significan un valioso aporte para una futura regulación en el área integrada del MERCOSUR.

A simple título de orientación inicial, se deberá tener siempre presente que en cada caso concreto, corresponde acudir inicialmente a lo normado por un Tratado internacional, Acuerdo bilateral o multilateral, que vincule a los Estados partes involucrados, interesados, en el proceso falencial. Solo ante la falta de acuerdo específico podrá acudir a lo dispuesto a las normas de derecho interno que regulen la materia.

Sabido es que en el tema sometido a análisis en esta oportunidad, no se ha arribado aún en el ámbito del MERCOSUR a una normativa o regulación integrada, y consecuentemente ante la inexistencia de una norma regional que regule la cuestión deberá acudirse primeramente a los Tratados o Acuerdos Internacionales (no regionales) y vemos como los países miembros del MERCOSUR, tanto entre sí como con los países asociados han suscripto (y consecuentemente se han sometido) a distintos acuerdos internacionales, que podrán coincidir o no respecto a la regulación de este tema.

²³⁷ Conviene recordar que una ley modelo no es una ley propiamente dicha, por cuanto no puede ser aplicable a ningún caso concreto. Ella sólo constituye un modelo de ley que puede ser tenido en cuenta por el legislador nacional al momento de intentar una regulación armonizadora. No obstante ello constituye una herramienta importante para el profesional que puede utilizarla como novedosa doctrina imperante en el ámbito internacional.

Título II

Sistema de Derecho Internacional Privado Argentino en materia de insolvencia internacional de Fuente Convencional:

- a) La quiebra en el MERCOSUR.
- b) El Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1.889: Ámbito espacial de aplicación – Ámbito material de aplicación – Sistema adoptado: ¿Unidad o pluralidad? – El efecto extraterritorial de la declaración de quiebra – Universalidad ¿con juicio único o procesos plurales? – Acreedores locales: clasificación – Medidas precautorias – Autoridad y funciones del Síndico – Medidas personales de carácter civil – Rehabilitación – Jurisprudencia.
- c) Soluciones de la realización codificadora entre Argentina, Paraguay y Uruguay:
 - 1) El Tratado de Derecho Comercial Internacional Terrestre de Montevideo de 1.940: Introducción – Juez competente – Jurisprudencia: Caso Ives Saint Laurent Parfums. Caso Federal S.A. (Delbene Hnos. y Sabia Ltda.) s/ quiebra s/ inc. de medidas cautelares. Caso Adams an Adler S.A s/ pedido de quiebra (por Plubiestadios S.A). Caso Ridiwel S.A - Ley aplicable - Acreedores locales y extranjeros – Publicidad - Disponibilidad de los remanentes - Bienes situados en territorio donde no se promueve juicio de quiebra - Juicio único y pluralidad de masas - Exclusión de bienes - Preferencias Nacionales - Facultades del Síndico – Jurisprudencia: Mefina S.A.F. y de Mandatos, su quiebra-Incidente de realización de bienes en el Uruguay - Rehabilitación del Fallido - Responsabilidad civil del fallido.
 - 2) Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1.940.

II.- a) La quiebra en el MERCOSUR

Es bien sabido que los países miembros del MERCOSUR, como así también los Países Asociados, han iniciado esta nueva etapa o proceso

integracionista, existiendo profundas asimetrías en la legislación interna en general, y particularmente en materia de quiebras internacionales y estado de insolvencia y crisis empresariales, que por la importancia que el tema reviste debe procederse a la armonización legislativa, conforme lo ordena el propio Tratado Asunción, instrumento fundacional del MERCOSUR.

Como consecuencia de las mencionadas asimetrías existentes en las normas internas de los Estados Partes del MERCOSUR, en cuanto al tratamiento y consideración del tema y, frente a la falta de norma específica en el área, las cuestiones que se planteen deberán ser resueltas por los tribunales nacionales recurriendo a las normas internas (nacionales o extranjeras) a que los conduzca su propia regla de conflicto o norma indirecta. Es así que, en situaciones similares podrá arribarse a conclusiones distintas, según sea de aplicación el derecho interno o convencional de un Estado Miembro o el de otro, que puede regular la cuestión desde el sistema extraterritorial (quiebra única o plurales) o el sistema territorialista y considerar o no, distintos mecanismos para posibilitar el salvaje de la empresa en crisis.

Esta situación genera serios inconvenientes como la inseguridad y desigualdad en la que se encontrarán los empresarios e inversionistas que intenten operar en el área, situación que no sólo puede llevar a frenar las operaciones e inversiones en la región, sino que además, resultan incompatibles con los objetivos propuestos y el grado de integración a la que pretende llegarse; a pesar de la celebración de convenios para la protección recíproca y la promoción de inversiones en el área.²³⁸

Nótese, que situación paradójica se ha establecido en un área integrada en la cual se convienen la “igualdad de trato” para el establecimiento y funcionamiento de las inversiones provenientes de empresas regionales, en otro país miembro, y sin embargo, los bienes de la empresa que efectuó la inversión, pueden quedar sometido a distinto marco

regulador en caso de insolvencia según se localicen en uno u otro estado, con las ya comentadas consecuencias en la adopción de diferentes sistemas de la territorialidad o extraterritorialidad.

Todo lo anteriormente expuesto nos ha llevado a efectuar las siguientes apreciaciones iniciales:

1) Todo proceso de integración necesita o requiere gozar de *seguridad jurídica*, lo que le permitirá el logro de sus objetivos primordiales.

2) La armonización legislativa nos permite o tiende a disminuir el grado de inseguridad jurídica en toda área integrada.

3) Las profundas asimetrías existentes en el MERCOSUR en materia de empresas en crisis, concursos y quiebras, y el salvataje de empresas, no contribuye a dar la confianza requerida por los operadores locales, internacionales y regionales; asimetrías que atentan contra la seguridad jurídica referida.

4) Resulta conveniente la adopción en el área de un marco normativo o regulador apropiado, con vigencia común en los cuatro países, que contemple las posibles soluciones al problema de la empresa en crisis.

5) Dicho marco normativo, si bien puede considerar algunos lineamientos de las normas internas de los estados; debe estar especialmente diseñado, elaborado para el área integrada, en consideración a sus particularidades propias y objetivos trazados en común, por cuanto será más apropiado la utilización del método de campo.

Pero mientras tan anhelada armonización se produce, debemos brindar respuestas y soluciones frente a situaciones concretas que se suscitan en la práctica y para ello, es menester conocer cual es la normativa convencional aún vigente en el área.

Es sabido que 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, ante lo cual la

²³⁸ Ver "Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el Mercosur", del 17 de enero de 1.994 y el "Protocolo sobre la Promoción y Protección de Inversiones

doctrina sostiene que el derecho argentino de insolvencias transfronterizas aún carece de reglas modernas para solucionar los principales problemas que han de plantearse. Ellos 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 extranjero. “Por estas cuestiones, y no por las anacrónicas, insuficientes e ineficaces reglas que hoy tenemos, pasa el derecho concursal internacional del tercer milenio”.²³⁹

Correspondería analizar en este punto, si el derecho convencional vigente padece de tales insuficiencias, es culpable de tan graves acusaciones.

Nos abocamos entonces seguidamente a dicha tarea.

II.- b) El Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1.889:

Ámbito espacial de aplicación:

El texto legal en estudio se encuentra ratificado por la *República Argentina*; por ley N° 3.192 del 11 de diciembre de 1.894; por *Bolivia*, mediante ley del 17 de diciembre de 1.903; *Perú* por ley del 4 de noviembre de 1.889, *Paraguay* por ley de fecha 3 de setiembre de 1.889 y la *República Oriental del Uruguay* procedió a su ratificación con fecha 3 de octubre de 1.892. Asimismo recibió la adhesión de *Colombia* con fecha 3 de setiembre de 1.933, aceptándose por decreto del 20 de marzo de 1.934.

Sin embargo, nuestro país sólo se encuentra vinculado por este Tratado con Bolivia, Perú y Colombia, ya que Argentina, Paraguay y Uruguay han ratificado el Tratado de Montevideo de 1.940.

Provenientes de Estados no Partes en el Mercosur”, del 5 de agosto de 1.994.

²³⁹ ROUILLÓN, Adolfo A. N.: “Concursos con repercusión transnacional – La Ley Modelo de la ...” ob. cit., pag. 2.

Como vemos, ellos no sólo no han perdido vigencia en el ámbito internacional, sino que además constituye derecho vigente que nos vincula con países asociados al MERCOSUR, por cuanto, a pesar del tiempo transcurrido desde su sanción, no puede soslayarse su estudio.

Ámbito material de aplicación:

En el Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1.889 se regula la cuestión de la quiebra internacional, en el Título X *De las falencias*, comprensivo de los artículos 35 a 48 inclusive.

Con relación a las sociedades anónimas se establece que les serán aplicables las disposiciones en materia de quiebras establecidas en este tratado, cualquiera sea la forma de liquidación que para dichas sociedades hayan previsto en su derecho los Estados contratantes para el caso de suspensión o cesación de pagos.

Sistema adoptado: ¿Unidad o pluralidad?

Desde un principio, los términos en que se halla articulado este tratado se prestó a interpretaciones diferentes, siendo que para algunos autores prevalece el sistema de la pluralidad en base a lo dispuesto por los artículos 36, 39 y 42; para otros prevalece el principio de la unidad.

Lo cierto es que, conforme lo manifestara Carlos María Vico,²⁴⁰ este tratado ha buscado conciliar ambos sistemas radicales opuestos, haciendo predominar el principio de la unidad y admitiendo el de la pluralidad en determinados supuestos y como facultativo de los acreedores. Lo que se presta a controversia es la extensión que se ha dado a uno y otro sistema.

Así surge de lo manifestado por el Dr. Ramírez, en su carácter de Miembro Informante de la Comisión de Derecho Comercial, en oportunidad

²⁴⁰ VICO, Carlos M.: "Curso de Derecho Internacional Privado" Tomo cuarto – compilado por Isauro Argüello y Pedro Frutos. Biblioteca Jurídica Argentina. Buenos Aires, Año 1.939.

de dar lectura al Proyecto de Tratado de Derecho Comercial Internacional en la sesión del 1º de febrero de 1.889²⁴¹ al expresar:

“El Tratado que está á la consideración del Honorable Congreso, al ocuparse de las falencias, en su título final, se aparta tanto del sistema de la unidad como del de la pluralidad de las quiebras, tales como han sido expuestos por los defensores de una y otra doctrina”.

Lo cierto es que tanto este punto, como la cuestión de aceptar o rechazar la extraterritorialidad del fallo declaratorio de la quiebra, la preferencia de los acreedores locales, la disponibilidad de los remanentes y todo cuanto ha sido materia de regulación en este Tratado puede ser perfectamente analizado partiendo de la lectura de la brillante exposición efectuada por el Miembro Informante de la Comisión de Derecho Comercial a la que ya hicimos referencia y que en virtud a su claridad expositiva y riqueza de enseñanza transcribimos en lo pertinente.

“No debe olvidarse, sin embargo, que el auto declaratorio de la quiebra no tiene efectos tan extensos en los casos en que el juicio es único, como en aquellos en que procede la pluralidad de concursos. Si la dependencia en que están las diversas casas de comercio que el fallido mantiene en distintos territorios, es de tal naturaleza que impone la constitución de un solo juicio de quiebra, entonces no solo deberá el fallo declaratorio de la falencia tener efecto en todos los países, sino que los síndicos podrán ejercer sus facultades administrativas respecto a todos los bienes del fallido, cualquiera que sea el territorio en que esos bienes se encuentren. Lo único que deberá exigirse, como condición previa al cumplimiento del auto de quiebra, fuera del territorio en que ha sido declarada, es que se constate que el fallo reúne las condiciones que se requieren para que las sentencias dictadas surtan efectos extraterritoriales y son la competencia del juez que la declara, su no oposición a ningún principio vigente de orden público en el país en que va a cumplirse, y que hayan sido con citación de aquel a quien perjudica.

²⁴¹ Ver Acta Nº 31 del Congreso Sud-Americano de Derecho Internacional Privado instalado en Montevideo desde el 25 de agosto de 1.888 y clausurado el 18 de febrero de 1.889. Taller tipográfico

” Mucho más limitados son los efectos que la ley debe atribuir al auto declaratorio de la falencia en territorio distinto de aquel en que ha sido dictado, cuando sea procedente seguir diversos juicios de quiebra. En tal caso, lo único que podrá concederse a la primera declaración de quiebra que se pronuncie, es que todas aquellas medidas que son la consecuencia del estado de falencia, se cumplan en todas partes, y en ese sentido el artículo 38 establece “que declarada la quiebra en un país, las medidas preventivas dictadas en ese juicio se harán efectivas sobre los bienes que el fallido tenga en otro Estado, sin perjuicio del derecho que los artículos siguientes conceden a los acreedores locales”. De esta manera se respeta el principio indiscutible, de que todos los bienes del fallido, cualquiera que sea el territorio en que se encuentren, son la garantía de sus acreedores, y se reconoce al mismo tiempo la preferencia que tienen sobre los bienes de un concurso los dueños de créditos localizados en el territorio en que esos bienes existen, con cargo de poner el sobrante que pudiere resultar a disposición de los tribunales de los países en que se sigue otros juicios de quiebra.

” Los Códigos de Comercio Argentino y Oriental han aceptado el sistema de la pluralidad de las quiebras, pues que han establecido en el título respectivo que “la declaración de quiebra pronunciada en país extranjero, no puede invocarse contra los acreedores que el fallido tenga en la República, ni para disputarles los derechos que pretendan tener sobre los bienes existentes en el territorio nacional, ni para anular los actos que hayan celebrado con el fallido. Consignan igualmente, que declarada la quiebra en la República, si la misma persona o sociedad estuviese concursada en el extranjero, no se tendrá en consideración a los acreedores que pertenezcan al otro concurso, sino para el caso, en que pagados íntegramente los acreedores existentes en la República, resultase un sobrante.

”Fuerza es reconocer, sin embargo, que con estos únicos principios, establecidos como base para solucionar las cuestiones que suscita la

materia de las quiebras en el Derecho Internacional, queda sin resolver aquella que el proyecto en discusión plantea, y resuelve en términos bien explícitos y categóricos, al declarar, que las medidas preventivas autorizadas por el juez que declara la primera quiebra, deben cumplirse en todos los países, aun cuando la situación respectiva de las diferentes casas de comercio constituidas en ellos, de lugar a juicios de concursos distintos y separados. El silencio de los precitados Códigos sobre cuestión de tan capital importancia ha sido interpretado en el sentido de que pueden admitirse legalmente, que un comerciante se halle en estado de quiebra y aún insolvente en un país, y conserve sin embargo en otro la libre administración de sus bienes. Tienen razón los partidarios de la unidad de la quiebra, cuando observan que siendo los bienes del deudor la garantía del cumplimiento de los compromisos contraídos para con sus acreedores, tal garantía sería ilusoria si se admitiese que el comerciante fallido e insolvente en un Estado pudiese conservar la libre administración de sus bienes en los demás. Pero tan justa observación pierde la importancia que le presta la deficiencia del sistema de legislación a que se dirige, desde el momento en que se reconozca que la pluralidad de quiebras no impide que sean simultáneas en todos los Estados, toda vez que exista una declaración de falencia y se haya llenado, al pronunciarla, los requisitos que se exigen para que la sentencia dictada por los tribunales de un país se cumpla por los jueces de otro. Ese es el principio que la Comisión ha aceptado y que constituye la base capital de sus ideas en la materia y el que a su juicio salva todas las dificultades. Circunscribe el precepto de la unidad de la quiebra dentro de sus justos límites, admitiendo que son jueces competentes para declarar la falencia de un comerciante los de su domicilio comercial, aun cuando mantenga en otros países agencias o sucursales, con tal que estas obren por cuenta y bajo la responsabilidad de la casa principal, cuya suspensión de pagos haya dado mérito a la declaración de quiebra. Esas limitaciones impuestas al principio de la unidad de la quiebra, afirman la doctrina de la pluralidad de concurso para el caso en que el fallido tenga

establecidas casas de comercio separadas y distintas en territorios que no están sometidos a una misma soberanía, lo que por otra parte se ajusta a la doctrina de la misma escuela italiana, según lo reconoce Fiore, su intérprete más autorizado. Por lo demás, el proyecto no se limita a señalar las condiciones que dan mérito a que puedan seguirse varios juicios de quiebra contra un mismo comerciante, sino que a la vez que impone la simultaneidad de esas quiebra, determina el procedimiento, que sin romper la independencia que deben conservar los diversos juicios mantiene la solidaridad de intereses entre todos los acreedores, salvando siempre las preferencias acordadas a los acreedores locales en los respectivos concursos. A satisfacer ampliamente esos intereses, responden los artículos 38 a 49 del proyecto”...

De tan maravillosa exposición puede extraerse, entre otras cuestiones, que los expertos reunidos en el Congreso de Montevideo de 1.888/1.889, intentaron conciliar ambos sistemas aceptando tanto la tramitación de un único proceso, como la pluralidad de juicios simultáneos que, lejos de ser confundida con el sistema de la territorialidad, admite el reconocimiento extraterritorial del auto declarativo de la quiebra, e impone la simultaneidad de los procesos de quiebra, el reconocimiento por todos los Estados de la actuación del síndico, etc.; cuestiones todas que pasaremos a analizar seguidamente.

El efecto extraterritorial de la declaración de quiebra:

Como ya expresáramos, el Tratado de Montevideo recepta el principio de la extraterritorialidad del hecho generador de la quiebra lo que implica que una vez declarada en cualquiera de los países ratificantes, hay que abrirla en todos los demás. Así lo establece el artículo 39 cuando dispone:

Artículo 39: “Los acreedores locales podrán, ..., promover un nuevo juicio de quiebra contra el fallido en otro Estado o concursarlo civilmente, si no procediese la declaración de quiebra...”

Como vemos el sólo hecho de la declaración de quiebra en un Estado parte habilita a los acreedores locales para iniciar nuevos procesos de quiebra o concursos civiles –si procediere- sin la exigencia de acreditar en la nueva quiebra el estado de cesación de pagos, o insolvencia del deudor.

Por otra parte la apertura de un nuevo proceso es una facultad del acreedor local, pero no se encuentra obligado a ello, ya que –como veremos más adelante- en caso que los acreedores locales no opten por la apertura de nuevos procesos, concurrirán a reclamar sus créditos en el proceso abierto en el domicilio del deudor.

Universalidad ¿con juicio único o procesos plurales?:

Otra cuestión importante de determinar es la concerniente a la unidad o la pluralidad en la tramitación de los juicios de quiebra. Es decir, si una vez reconocida la extraterritorialidad del hecho generador de la falencia, y debiendo la quiebra comprender la totalidad de los bienes del deudor; deben los acreedores concurrir a verificar sus créditos en un solo proceso; o por el contrario, deberán tramitarse tantos juicios de quiebra como bienes dispersos en distintos territorios tenga el deudor, o casas o sucursales con las que funcione.

Ambas posibilidades son previstas en el tratado.

- Juicio Único: En el caso de que el fallido posea una sola casa comercial, aunque tenga sucursales o agencias en distintos países o practique en ellos accidentalmente actos de comercio, se deberá seguir un solo juicio de quiebra conforme lo prevé el artículo 35:

Artículo 35: “*Son jueces competentes para conocer de los juicios de quiebra, los del domicilio comercial del fallido, aun cuando la persona declarada en quiebra practique accidentalmente actos de comercio en otra Nación, o mantenga en ella agencias o sucursales que obren por cuenta y responsabilidad de la casa principal.*”

En este caso en que se tramita un único juicio de quiebra, todos los acreedores deben concurrir para reclamar sus créditos ante el juez del domicilio comercial, y someterse a una única ley.

Asimismo, procederá la tramitación de un juicio único cuando los acreedores locales no hayan hecho uso del derecho que les concede el artículo 39, debiendo todos los acreedores del fallido presentar sus títulos y reclamar sus derechos ante el juez o tribunal que ha declarado la quiebra.

No prevé el tratado la tramitación de un único juicio con pluralidad de masas concursales, -cuestión que sí se encuentra regulada en el Tratado de Montevideo de 1.940.

Tampoco surge el tema de las preferencias nacionales. El artículo 42 del Tratado de Montevideo de 1.889 es reproducido textualmente en el artículo 48 del Tratado de Montevideo de 1.940; pero éste último en un segundo párrafo regula en forma expresa la cuestión de las preferencias nacionales, quizá ante la advertencia del vacío de soluciones en aquella normativa.

Por otra parte, si dispone en el artículo 43 que los acreedores hipotecarios anteriores a la declaración de la quiebra podrán ejercer sus derechos ante los tribunales del país en que estén radicados los bienes hipotecados o dados en prenda, por cuanto dichos bienes quedarían de este modo excluidos de la masa concursal.

- Juicios Plurales: Conforme destacada doctrina, no existe contradicción en mantener el principio de la unidad del derecho aplicable y admitir en su caso la pluralidad de los juicios de quiebra y de concurso.

Conceder dicha pluralidad simplemente implica o constituye un fraccionamiento de jurisdicciones, que no implica territorialismo en cuanto a la ley aplicable y, fundamentalmente, al reconocimiento de los efectos del hecho generador de la falencia.

En la pluralidad de procesos jueces de cada país aplican su propio derecho en materia de graduación de créditos por lo tanto ello repercute en cierta medida sobre el derecho aplicable. No obstante lo dicho, la

graduación del crédito efectuada por el juez concursal no afecta la existencia misma del derecho del acreedor, ya que la verificación del crédito se rige por el derecho aplicable al crédito de cuya verificación se trate. Es decir que la graduación establece el orden en que los bienes responden a los acreedores en la ejecución, los que por otra parte, podrán pedir el pago en otro país donde el deudor tuviere bienes, con respecto a la parte no cancelada.

La tramitación de juicios plurales se encuentra prevista en el artículo 36 cuando dispone que: *“Si el fallido tiene dos o más casas comerciales independientes en distintos territorios, serán competentes para conocer del juicio de quiebra en cada una de ellas, los tribunales de sus respectivos domicilios”*.

Concordantemente con lo dispuesto en el artículo 36, se resuelve la cuestión de los remanentes existentes en un proceso, los que deberán ser puestos a disposición de los acreedores en los juicios de quiebra que tramiten en otro Estado para lo cual deberán entenderse los jueces respectivos (artículo 41º), y en el artículo 46 se resuelve el tema de las medidas cautelares de carácter civil, cuestión que analizaremos más adelante.

A su turno, el artículo 39 prevé que los acreedores locales podrán promover un nuevo juicio de quiebra contra el fallido en otro Estado o concursarlo civilmente, según proceda, tramitando los diversos juicios con entera separación y aplicándose en cada uno de ellos las leyes del país en que se radican.

Algunos autores, entre los que encontramos al notable jurista Segovia creen haber encontrado en este artículo una grave contradicción con el principio de la unidad y universalidad de la quiebra, aceptado por el Congreso. El Dr. Carlos Alberto Alcorta, haciéndose cargo de esa contradicción, la reputa aparente, sosteniendo como fundamentos que: a) Los juicios promovidos por los acreedores locales, a pesar de decir el texto que se seguirán con entera separación, son juicios meramente *accesorios y derivados*; b) El Congreso reconoce el efecto *extraterritorial* del auto

declarativo de la quiebra y lo inviste de la autoridad y fuerza de cosa juzgada, caracteres inconciliables con la “entera separación” de juicios en el sistema territorial.²⁴²

Acreedores Locales: Calificación

En el derecho internacional privado suelen plantearse problemas propios que se originan por el posible juego o aplicación de diferentes órdenes jurídicos llamados a resolver o regular una relación jurídica en donde aparece –manifiesto u oculto- un elemento extranjero. Estas cuestiones son propias del derecho internacional privado ya que no se plantean cuando nos movemos en el estricto ámbito nacional resolviendo las cuestiones nacionales con la aplicación del derecho interno de algún Estado.

Así surge, por ejemplo, el problema de las calificaciones ya que los términos de las normas de derecho internacional privado, son utilizados con diferente alcance o extensión en los distintos ordenamientos jurídicos.

Calificar es definir los términos empleados en la norma indirecta, de conformidad con un determinado ordenamiento jurídico.

El tratado califica de manera autárquica la expresión “acreedores locales” al establecer en el artículo 40 que: *“Entiéndese por acreedores locales, que corresponden al concurso abierto en un país, aquellos cuyos créditos deben satisfacerse en el mismo.”*

Esta cuestión había suscitado fuertes debates doctrinarios y posiciones encontradas. Los antecedentes legislativos argentinos sobre quiebras definían a los acreedores locales como “los acreedores que el fallido tenga en la República” o como “los acreedores de la República”, el Código de Comercio de 1.889 se refería al domiciliado en el país, etc., lo que llevaba a la doctrina a efectuar distintas interpretaciones ya que dicha terminología podía significar:

- Acreedores de nacionalidad argentina

²⁴² Para mayor desarrollo del tema ver VICO, Carlos M.: “Curso de Derecho Internacional Privado” Tomo cuarto. Biblioteca Jurídica Argentina .Buenos Aires 1.939.

- Acreedores de domicilio o residencia en la argentina.
- Acreedores por contratos celebrados en el país.
- Acreedores por contratos que deban ejecutarse en la República.

Por otra parte, en el concurso abierto en el país se postergaban a aquellos acreedores “que pertenezcan a un concurso formado en el extranjero”, terminología que también comprendía diferentes situaciones:

- Acreedores que hubieran verificado sus créditos en un concurso extranjero.
- Acreedores cuyo pedido de verificación estuviera pendiente de resolución en un concurso en el exterior.
- Acreedores que estuvieran en condiciones de verificar sus créditos en el concurso extranjero y no se hubiesen presentado.
- Acreedores que, reuniendo las condiciones de locales, hayan sido admitidos en el concurso extranjero.

Por otra parte Segovia definía a los acreedores locales como aquellos que tengan créditos contra la casa o establecimiento concursado.

A su turno Alcorta, aclarando la cuestión expresaba que un comerciante con establecimientos comerciales en Río y en Montevideo, “puede contraer compromisos de carácter puramente civil, sin relación alguna con el giro de los establecimientos comerciales de que es único dueño. Pero en tal caso, producida la quiebra de ese comerciante en Montevideo y en Río, ¿a qué concurso pertenecería ese crédito no comprendido en el giro de ninguno de los establecimientos concursados? Por la regla que formula del doctor Segovia, resultaría que uno y otro concurso podrían rechazar aquel crédito que no ha sido contraído dentro del giro comercial de uno u otro establecimiento. Y tan deficiente como resulta esa definición, es por el contrario bien completa la que contiene el artículo 40, al prescribir que son acreedores locales, que corresponden al concurso

abierto en un país, aquellos cuyos créditos deben satisfacerse en el mismo.”²⁴³

Esta cuestión, que para muchos autores ha quedado superada, conserva su vigencia cuando nos enfrentamos a resolver situaciones que exceden la órbita de los Tratados de Montevideo, aunque sus soluciones podrán aplicarse de manera analógica.

Medidas precautorias:

Declarada la quiebra en un país las medidas preventivas dictadas en ese juicio, se harán efectivas también sobre los bienes que el fallido tenga en otros Estados, conforme se encuentra establecido en el artículo 37 del tratado.

El Congreso de Montevideo de 1.889 elaboró asimismo, el Tratado de Derecho Procesal cuyo artículo 10 establece que con respecto a los exhorto o cartas rogatorias, que se refieran a embargos o tasaciones o diligencias preventivas, el juez exhortado proveerá lo que fuere necesario respecto al nombramiento de peritos, depositarios, etc., pero siendo siempre entendido que los mismos se diligenciarán con arreglo a las leyes del país en donde se pide la ejecución.

Autoridad y funciones del Síndico:

El artículo 45 determina, establece que tanto la autoridad de los síndicos como la de los representantes legales de la quiebra deberá ser reconocida en todos los Estados ratificantes, en la medida en que lo fuere por la ley del país en cuyo territorio radica el concurso o la quiebra que representan, debiendo ser admitidos en todas partes para ejercer las funciones que les sean concedidas por dicha ley o por el propio Tratado de Montevideo.

²⁴³ ALCORTA, Carlos Alberto; “Régimen internacional de la quiebra”. Ob. cit.

Medidas personales de carácter civil:

El artículo 46 dispone que en el caso de pluralidad de concursos, será competente para dictar todas las medidas de carácter civil que afecten personalmente al fallido, el juez de su residencia.

Nada dice el tratado con respecto a las medidas personales a disponer en caso de juicio único, por cuanto, es lógico deducir que la competencia en el caso corresponde al juez del domicilio comercial conforme las atribuciones acordadas en el artículo 35 propias de un proceso concursal.

Rehabilitación:

El artículo 47 establece que: *“La rehabilitación del fallido sólo tendrá lugar cuando haya sido pronunciada en todos los concursos que se le sigan”*.

La rehabilitación no puede ser parcial en cada concurso, sino que debe pronunciarse en todos los procesos para que cesen respecto del fallido las restricciones que a su capacidad impone el estado de quiebra.

Como vemos esta disposición confirma el criterio adoptado que nadie puede ser fallido en un Estado y plenamente hábil y capaz en otro, y consecuentemente, la adopción del sistema de la universalidad de la quiebra.

Jurisprudencia:

La jurisprudencia ha establecido en el caso “New Life Insurance Company” que el Tratado de Montevideo no se aplica con respecto a una sucursal argentina, si se declara en quiebra otra sucursal en Montevideo, estando radicada la matriz en Nueva York. (sentencia del 27 de octubre de 1.903, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación – en Fallos, Tº 98 p.169).

II.- c) Soluciones de la realización codificadora entre ARGENTINA, PARAGUAY y URUGUAY:

II. c. 1) Tratado de Derecho Comercial Internacional Terrestre de Montevideo de 1.940:

Este Tratado es producto del Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado reunido en Montevideo durante los años 1.939 y 1.940 y, como ya dijimos, se encuentra vigente entre tres de los países miembros del MERCOSUR – Argentina, Paraguay y Uruguay-.

Conforme lo establece la propia ley nº 24.522 – artículo 4-, que no ha sufrido modificaciones por la ley nº 25.589, sus disposiciones priman sobre el derecho internacional de fuente interna y por lo tanto no debe restársele importancia a su estudio y análisis a fin de conocer cuáles serán las posibles soluciones que tomarán los tribunales frente al caso concreto.

El Tratado dedica a la regulación de la quiebra comercial internacional los artículos 40 a 53 pero, tal como veremos in extenso más adelante, sus reglas son aplicables igualmente a las liquidaciones judiciales, concordatos preventivos, suspensión de pagos u otras instituciones análogas.

Algunos autores han sostenido que “El régimen argentino para insolvencias transfronterizas de *fuente internacional* tiene poca relevancia en la actualidad, debido a que en los Tratados de Montevideo de 1.889 y 1.940 no son partes ni siquiera los países vecinos con quienes tenemos mayor volumen de intercambio comercial y las más importantes relaciones económicas (Brasil y Chile). Además, en los pocos casos en que se ha hecho aplicación de dichos Tratados, se ha puesto en evidencia que sus reglas no conducen a soluciones rápidas, prácticas ni eficientes, de las insolvencias transfronterizas.”²⁴⁴

Sin embargo, en virtud de las aspiraciones de nuestro país, de

conformar un Mercado Común, fomentando el intercambio comercial y las inversiones intra y extra zona, procurando un desarrollo integral del área, no podemos descuidar o menoscabar las normas que nos vinculan a otros miembros del área integrada, y que nos sirven, bien como antecedentes inmediatos de regulación de las relaciones internacionales en el área, o bien para analizar el acierto o desacierto de las soluciones entonces adoptadas. Pero fundamentalmente su estudio nos interesa por constituir hoy, derecho vigente entre los Estados antes mencionados.

Cabe aclarar asimismo, que conforme lo dispone el artículo 53 del Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1.940, las reglas referentes a las quiebras se aplican a las liquidaciones judiciales, concordatos preventivos, suspensión de pagos e instituciones análogas contenidas en las leyes de los Estados contratantes.

Juez competente:

La primera cuestión que debemos abordar es el conocimiento de ante que juez o tribunal corresponde el planteo del pedido de quiebra.

A igual que en su antecedente legislativo, el Tratado de Montevideo de 1.889²⁴⁴, el sistema adoptado por el este Tratado para la tramitación de procesos falenciales es el de la universalidad o extraterritorialidad y ambas modalidades de este sistema aparecen reconocidas y reglamentadas. Así encontramos el juicio de quiebra único (artículo 40º) y juicios de quiebras plurales y simultáneas (artículo 41º).

- El **juicio único** tramitará ante el juez del domicilio del comerciante o de la sociedad mercantil, aunque practiquen actos aislados en otros países o tengan agencia o representación por cuenta del establecimiento principal.

Queda en evidencia que importa aquí la existencia de una dependencia a nivel direccional y económico con un centro decisorio del cual emanan las órdenes y la planificación del comportamiento de la empresa,

²⁴⁴ ROUILLON, Adolfo A. N.: "Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la Ley Concursal Argentina 24.522" Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires Año XLIII, segunda época, número 37 . Octubre 1.999.

sociedad o grupo empresarial; sin importar la realización de actos aislados o la existencia de sucursales o agencias en otros países, siempre que actúen por cuenta y representación del establecimiento principal. La doctrina señala que esa dependencia económica de la agencia o sucursal respecto de la casa principal, ha creado en los acreedores una expectativa internacional, una previsión universal que abarcó la totalidad del patrimonio del deudor, cuyo asiento jurídico se encuentra en el domicilio de su titular. Es decir que cuando los acreedores han otorgado sus créditos sobre la base de una previsión internacional, corresponde en caso de quiebra, la realización de un proceso único y universal.

Así se establece en el artículo 40: *“Son jueces competentes para declarar la quiebra, los del domicilio del comerciante o de la sociedad mercantil, aún cuando practiquen accidentalmente actos de comercio en otro u otros Estados, o tengan en alguno o algunos de ellos, agencias o sucursal que obren por cuenta o responsabilidad del establecimiento principal”*.

En el mismo sentido el Convenio dispone respecto a las medidas cautelares ordenadas por el juez de la quiebra que las mismas deberán hacerse efectivas en las otras jurisdicciones donde existan bienes del fallido.

Artículo 43: *“Declarada la quiebra en un Estado, las medidas preventivas de seguridad y conservación dictadas en el respectivo juicio, se harán también efectivas sobre los bienes que el fallido tenga en los otros Estados, con arreglo a las leyes locales”*.

- En el caso de **juicios plurales y simultáneos** también se reconoce la extraterritorialidad del hecho generador de la quiebra y en consecuencia, se consagra la disponibilidad de los remanentes.

El artículo 41 establece que: *“Si el fallido tiene dos o más casas comerciales independientes en distintos territorios, serán competentes para conocer del juicio de quiebra de cada una de ellas, los jueces o tribunales de sus respectivos domicilios”*.

²⁴⁵ El Tratado de Montevideo de 1.889 se encuentra vigente entre nuestro país ratificado por Ley 3.192 del 11 de diciembre de 1.894, y nos vincula con Perú, Colombia y Bolivia.

Este es el caso en que los acreedores locales han otorgado sus créditos sobre la base de una previsión nacional, correspondiendo entonces, la pluralidad de juicios.

Pero el alcance de la previsión no depende del conocimiento particular de cada acreedor en el momento de contratar, sino del conocimiento general, de circunstancias exteriores, signos objetivos y ostensibles, tales como: la publicidad de la dependencia o independencia económica de las sucursales respecto de la casa central; el nombre comercial, las manifestaciones realizadas por el comerciante; la publicidad; la autonomía manifestada del capital; etc.

En este caso se deberá proceder conforme lo establece el artículo 45: *“Los acreedores locales podrán, dentro del término de sesenta días, contados a partir de la última publicación a que se refiere el artículo anterior, promover en el respectivo Estado nuevo juicio de quiebra contra el fallido o concursado civilmente si no procediese la declaración de quiebra. En tal caso, los diversos juicios de quiebra se seguirán con entera separación y serán aplicadas, respectivamente, en cada uno de ellos, las leyes del Estado en donde el procedimiento se radica. Asimismo se aplicarán las leyes correspondientes a cada juicio distinto y separado para todo lo concerniente a la celebración de concordatos preventivos u otras institucionales análogas. Todo ello sin perjuicio del cumplimiento de las medidas a que se refiere el artículo 43, de lo dispuesto en el artículo 47 de este título y de las oposiciones que puedan formular los síndicos o representantes de la masa de acreedores de los otros juicios.”*

Siendo la quiebra declarada en otro Estado signatario la que concede el derecho a la apertura de este nuevo proceso, y en virtud de que nos encontramos – como ya dijimos- en un sistema de universalidad o extraterritorialidad de la quiebra; bastará la presentación de los edictos en que se haga conocer la declaración de quiebra, sin que sean necesario otros recaudos como ser la determinación del estado de cesación de pagos en el país.

Sin embargo, la posibilidad que concede este artículo se encuentra limitada temporalmente ya que solo puede ejercitarse dentro de los sesenta días contados desde la publicación de los edictos a que se refiere el artículo 44. Vencido dicho plazo los acreedores locales del fallido que pretendan hacer valer sus derechos, deberán presentar sus títulos ante el juez y de conformidad con la ley del Estado que ha declarado la quiebra según se encuentra establecido en el artículo 48.

En consecuencia los acreedores locales tienen en total noventa (90) días desde el primer aviso, desde la primera publicación de los edictos, para evaluar la conveniencia o no de iniciar un proceso de liquidación separada. Cabe referir que con respecto a los términos fijados en el Tratado de Montevideo de 1.889, el plazo se ha reducido ya que el juego de los términos establecidos daba al acreedor ciento veinte (120) días ya que las publicaciones debían efectuarse por el término de sesenta (60) días, reduciéndose a treinta (30) días en el artículo 44 del Tratado de Montevideo de 1.940.

Como es fácil advertir, para que un caso concreto quede comprendido en el artículo 40 o en el artículo 41 con las consecuencias que según vimos esta decisión acarrea, resulta imprescindible distinguir cuándo nos hallamos frente a una "agencia o sucursal" o ante una "casa comercial independiente".

Podemos encontrar, extraer un parámetro para efectuar dicha distinción de la lectura de las Actas del Congreso de Montevideo de 1.889 de donde se desprende que el criterio para distinguir la dependencia o independencia de una sucursal respecto de la casa matriz o central es *económico*, sin perjuicio de que otros indicios contribuyan a discernir entre uno y otro caso.

La doctrina societaria, asimismo, ha diferenciado y delimitado estos dos fenómenos y los ha denominado sucursal o filial según se trate de un establecimiento mercantil dependiente o independiente de la casa matriz.

En efecto, cuando las unidades de producción, intermediación o prestación de servicios crecen surge la necesidad de ampliar el campo de

acción, es decir se necesita descentralizar sus operaciones. Se originan así establecimientos secundarios con un vínculo de diversa índole con el establecimiento principal.

Dichos establecimientos secundarios pueden ser sucursales y agencias o bien filiales. En el primer caso, según la expresión utilizada por Fontanarrosa²⁴⁶ consiste en la simple irradiación exterior de la empresa. El segundo supuesto importa la concentración de empresas.

Según Etcheverry²⁴⁷ el fenómeno de las sucursales abarca tres aspectos: sucursales de empresas del país, dentro de él; sucursales de empresas del país instaladas en el extranjero y sucursales de empresas extranjeras instaladas en nuestro país. Sólo este último supuesto, que es el que nos interesa, está regulado sistemáticamente en nuestro derecho interno, principalmente por el artículo 118 de la ley de sociedades comerciales N° 19.550.²⁴⁸

Fontanarrosa²⁴⁹ define a la sucursal como "un establecimiento secundario, de carácter permanente dotado de relativa autonomía, destinado a colaborar en la explotación realizada por el establecimiento principal".

Sus notas características son: a) está subordinada a la administración del establecimiento principal y tiene su mismo objeto; b) tiene una instalación material distinta del establecimiento principal y en consecuencia, un domicilio especial, c) está a cargo de un factor o agente dotado de cierta amplitud y libertad de acción, aunque subordinado a las directivas impuestas por la administración central, d) tiene una clientela en general distinta de la del establecimiento, e) lleva el nombre de la empresa principal y sobretodo f) no tiene patrimonio ni personalidad propia.

²⁴⁶ FONTANARROSA, Rodolfo: "Derecho Comercial Argentino, Parte General". Ed. Zavallía, Buenos Aires, 1.997, p. 203 y ss.

²⁴⁷ ETCHEVERRY, Raúl: "Derecho Comercial y Económico, Parte general". Ed Astrea, Buenos Aires, p. 525.

²⁴⁸ Acerca de los otros tipos de sucursales, en nuestro derecho sólo se encuentran disposiciones aisladas como el artículo 90 inciso 4° del Código Civil sobre domicilio de las sucursales.

²⁴⁹ FONTANARROSA, Rodolfo: "Derecho Comercial Argentino, ..." ob. cit., p. 204.

Precisamente, el artículo 40 al prever un juicio único de quiebra atiende a esta unidad patrimonial indiferenciada entre la casa matriz y sus sucursales.

La filial en cambio es una organización jurídicamente distinta, con personalidad propia, medios propios y conducción diferenciada.

Sin embargo, esa independencia es sólo formal pues por diversos mecanismos, la filial está controlada total o parcialmente por la casa matriz, lo que permite responsabilizar a ésta de los actos realizados por la filial y extender los efectos de sus actos, reconociendo la existencia de una única persona jurídica. En virtud de esta realidad, Halperín sostiene que "la filial es una especie dentro del género "sociedad controlada". En el mismo sentido, Fontanarrosa expresa que si bien la filial es una sociedad provista de personalidad jurídica, patrimonio, estatutos y órganos de gobierno y administración propios e incluso puede tener un objeto de explotación distinto del de la sociedad madre, está económicamente subordinada a ésta pues la matriz "posee un número de acciones de la primera (la sucursal) suficiente para imponer sus decisiones en las asambleas de aquélla o bien dispone de la mayoría en el directorio o bien la sociedad madre ejecuta la gerencia de la filial".²⁵⁰

En materia concursal, Zaldivar, Manóvil, Ragazzi, Rovira y San Millán sostienen que si bien la filial responde por sus obligaciones, en algunas ocasiones se puede llegar a la extensión de la responsabilidad hasta la casa matriz.²⁵¹

Por su parte, la doctrina especializada en materia de Derecho Internacional Privado sostiene que la dependencia económica de la sucursal respecto de la casa matriz ha creado en los acreedores una expectativa internacional, una previsión universal que abarcó la totalidad del patrimonio del deudor, cuyo asiento jurídico se encuentra en el domicilio de su titular. Es decir que cuando los acreedores han otorgado sus créditos sobre la base de

²⁵⁰ FONTANARROSA, Rodolfo: "Derecho Comercial Argentino, ...". Ob.cit., p. 206 y 207.

una previsión internacional, corresponde en caso de quiebra, la realización de un proceso único y universal.

En cambio en el supuesto previsto, regulado en el artículo 41, los acreedores locales han otorgado sus créditos sobre la base de una previsión nacional, correspondiendo entonces, la pluralidad de juicios.

Pero el alcance de la previsión no depende del conocimiento particular de cada acreedor en el momento de contratar, sino del conocimiento general, de circunstancias exteriores, signos objetivos y ostensibles, tales como: la publicidad de la dependencia o independencia económica de las sucursales respecto de la casa central; el nombre comercial, las manifestaciones realizadas por el comerciante; la publicidad; la autonomía manifestada del capital; entre otros.

Así, en autos **"Belum S.A., le pide la quiebra Tecnom San Luis S.A."**²⁵², la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial encuadró el caso en el artículo 40 del Tratado de Montevideo de 1.940, teniendo en cuenta que "...del texto de las actas de directorio de la sociedad uruguaya, protocolizadas para su inscripción en la Inspección General de Justicia, a fin de establecer la sucursal, surge que se otorgó poder general amplio de administración y se designó representante legal a la misma persona que ejercía el cargo de presidente del directorio. Esta circunstancia convierte en sumamente dudosa la tesis de la apelante, en el sentido de que la sucursal argentina tenía independencia económica respecto de la sociedad constituida en Uruguay y a ello debe agregarse que la suma destinada al capital con que se dotó a la sucursal - veinte mil dólares estadounidenses - carece de entidad suficiente para dar sustento a la alegada independencia. (...) la reinversión de utilidades no constituye necesariamente un signo de independencia: en algún caso podría revelarla, pero también podría obedecer a una decisión de estrategia empresarial

²⁵¹ ZALDIVAR y otros: "Cuadernos de Derecho Societario". Ed. Abeledo-Perrot – T. I - Bs. As. – 1.978. p. 318.

²⁵² "Belum S.A., le pide la quiebra Tecnom San Luis S.A." (CNCom Sala A, 11/12/1.998), en E.D. t. 185, p. 624.

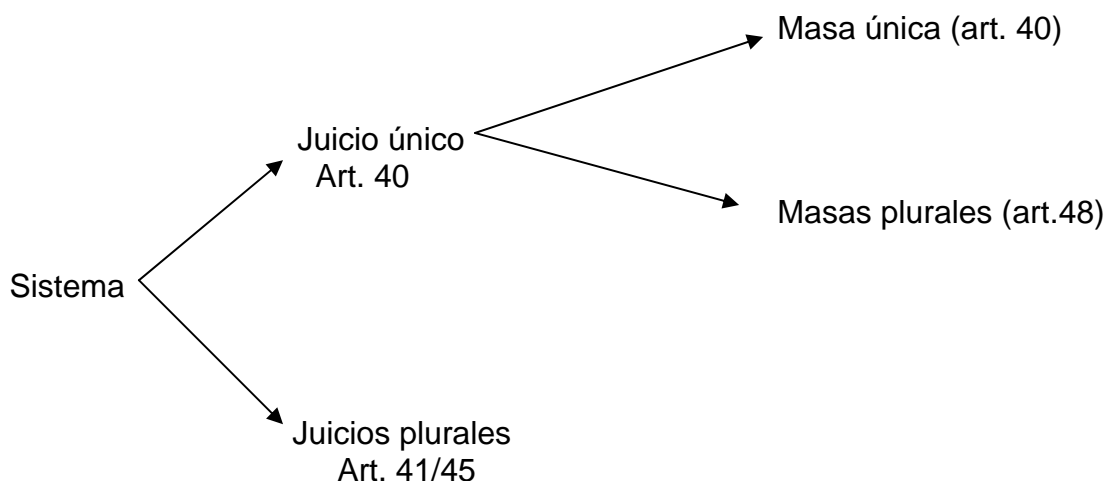
adoptada por la casa matriz. Por último, el incremento del patrimonio - tanto del activo como del pasivo- no es evidencia suficiente para tener por demostrada la tesis de la peticionaria de la quiebra".

En esta misma inteligencia, en el caso "**Ridiwel S.A**"²⁵³ el magistrado de primera instancia en lo comercial Dr. Carlos A. Ferrario se declaró incompetente ya que entendió que resultaba aplicable el artículo 40 del Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre de 1.940. En cambio, estimó que no era aplicable el artículo 41 del Tratado de Montevideo de 1.940, como lo aconsejaba el fiscal, pues "la sucursal por definición es un establecimiento dependiente de una central o casa matriz". Dicha dependencia se advertía en la manifestación del acta de directorio en el sentido de no asignarle capital a la sucursal y en cambio, establecer la obligación de la matriz de remesarle fondos cuando las necesidades del giro comercial lo requieran. En apoyo de su argumento, el juez citó el precedente "Belum S.A., le pide la quiebra Tecnocom San Luis S.A.", ya citado.

La Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial el 22 de agosto de 2.002 confirmó la sentencia apelada haciendo hincapié en la falta de autonomía e independencia de la sucursal respecto de la sociedad constituida en Uruguay, desechando en consecuencia la aplicación del artículo 41 del tratado de Montevideo y por lo tanto rechazando la competencia de los tribunales argentinos.

Nos hemos detenido en estas consideraciones pues son las que fundamentan el distinto régimen adoptado por el Tratado de Montevideo para las sucursales o agencias y las casas comerciales independientes y más allá de la denominación que se le asigne al establecimiento secundario, las características apuntadas son las que en definitiva nos permiten discernir si a un caso concreto se le aplica el artículo 40 o el artículo 41 del Tratado de 1.940, y consecuentemente si habrá que tramitar un proceso falencial único o podrán abrirse procesos secundarios.

Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Internacional Terrestre de 1.940



La trascendencia de la cuestión jurisdiccional justifica el análisis y consideración de esta temática desde la mira de los tribunales efectuada, tanto en los casos ya referidos, como en algunos otros a cuyo desarrollo seguidamente nos abocamos.

Jurisprudencia:

A continuación referiré brevemente algunos casos jurisprudenciales en los que se discutió y resolvió la cuestión de la jurisdicción competente en el marco del tratado que estamos analizando.

Caso: Yves Saint Laurent Parfums

En el pedido de quiebra de la firma “Yves Saint Laurent Parfums”²⁵⁴, la Sala A de la Cámara Nacional Comercial no hace lugar a la aplicación de los Tratados de Montevideo de 1.940 por considerar, - compartiendo los fundamentos esgrimidos por el Fiscal de Cámara- que no se encontraban

²⁵³ "Ridiwel S.A.", en L.L 2001-A, p. 142.

²⁵⁴ CNCom., Sala A, febrero 1.995 – Martínez Juan Gregorio, le pide la quiebra Ives Saint Laurent Parfums. El Derecho T. 164 – 46.644

acreditados los extremos que permitirían el encuadramiento multinacional del caso, ya que no se hallaba probado en autos la existencia del domicilio del accionado en la República Oriental del Uruguay y sí constar la existencia de un domicilio comercial del presunto deudor en el país.

A contrario sensu cabe resaltar que de haberse acreditado el domicilio comercial en el exterior estaríamos frente a una cuestión internacional y en consecuencia de aplicación el referido Tratado.

Así lo entiende el propio Fiscal de Cámara cuando expresa: *“Señalo liminarmente que, tratándose en la especie de un pedido de quiebra en el que el presunto deudor sostiene tener su domicilio en Uruguay, no resultaría de aplicación en su caso, el art. 4º de la LC, que es una norma de derecho internacional de fuente interna aplicable en defecto de tratados o convenciones internacionales en la materia, sino el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940 que, en su art. 40 y sgtes., trata de las quiebras.*

El mentado art. 40, como principio, (establece) que son jueces competentes para declarar la quiebra, los del domicilio del comerciante o de la sociedad mercantil, aun cuando practiquen accidentalmente actos de comercio en otro u otros Estados, o tengan en alguno o algunos de ellos, agencias o sucursales que obren por cuenta y responsabilidad del establecimiento principal.

Sentado el marco normativo que eventualmente correspondería, de hallarse acreditados los extremos que autorizasen el encuadramiento multinacional del caso, no observo que, en la especie, se hallen acreditados en debida forma tales extremos de hecho. ...”

Caso: Federal S. A. (Delbene Hnos. y Sabia Ltda.) s/ quiebra s/ inc. de medidas cautelares:

Asimismo se planteó la cuestión de la competencia internacional del juez de la quiebra para entender en las decisiones sobre ineficacia concursal de los actos celebrados por la fallida durante el período de sospecha,

resuelto en octubre de 1.987 por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 2, en oportunidad del incidente de medidas cautelares en la quiebra de Federal S.A. (Delbene Hnos. y Sabia Ltda.).²⁵⁵

La fallida ostentaba el control de la sociedad brasileña “Gelatti do Brasil Industria y Comercio Ltda.”, merced a la titularidad del 93% de sus cuotas sociales, produciéndose el desprendimiento de tan valioso activo concursal a favor de una tercera persona –ajena a la sociedad- dos meses antes de la declaración de quiebra.

El juez Carlos M. Rotman entiende aplicable el derecho concursal argentino por considerar que a él remite el Tratado de Montevideo de 1.940, aplicable al caso en forma analógica ante la falta de convención expresa entre Argentina y Brasil que regulen la materia.

Así dispuso: “ a) Señálase en este sentido, que la “habilidad” del juez de la quiebra para entender en la recuperación del activo falimentario fluye, en principio, de lo normado por el art. 123 de la ley concursal argentina que así lo dispone en modo expreso. Y parece razonable propiciar la extensión de esta competencia del juez de la quiebra al ámbito internacional, desde que no es coherente sustraer su conocimiento – aún en este ámbito- las decisiones sobre la ineficacia concursal de actos celebrados por la propia fallida. Se trata, en rigor, del único Tribunal que dispone de los elementos y precedentes fácticos que autorizan tal declaración.

b) Operaría por vía analógica, a todo evento, y frente a la inexistencia de convenciones de derecho internacional privado con la República Federativa del Brasil, el art. 56, párr. 1º del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 que establece que las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar en (a) cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio. Tratándose de la ineficacia concursal de un acto jurídico, dicha ineficacia se rige necesariamente por la ley concursal, de manera tal que el paralelismo que en la norma mencionada

²⁵⁵ “Federal S. A. (Delbene Hnos. y Sabia Ltda.) s/ quiebra s/ inc. de medidas cautelares” El Derecho – 41.493 - Tº 132 pag. 375.

unifica el forum y el jus (“jurisdicción del juez del lugar a cuya ley está sujeto el acto”) conduce al sólido principio de la jurisdicción internacional del juez de la quiebra (Antonio Boggiano en “Jurisdicción Internacional en la acción de ineficacia concursal”, Ed. 122-449, y doctrina allí citada).

c) ...

d) Por cierto que la jurisdicción internacional del suscripto para conocer en la quiebra sub lite misma, fluye del domicilio de la sociedad cesante, radicado en la ciudad de Buenos Aires, ámbito sobre el que ha jurisdicción la Justicia Nacional.”

Es llamativo el hecho de que el Tribunal optó por la aplicación analógica al caso del Tratado de Derecho Civil Internacional y no el de Derecho Comercial Terrestre cuyos artículos 40 y 41, como vimos, otorga competencia al juez del domicilio del deudor, y trata la materia específica de dichos autos. Si bien puede extenderse el ámbito espacial del tratado por su aplicación analógica, no considero oportuno la extensión en cuanto a la materia, que en otras cuestiones podría conducir a resultados cuando menos, carentes de coherencia.

Caso: "Adams and Adler SA s/ pedido de quiebra (por Publiestudios SA)"²⁵⁶

En esta oportunidad, nuestro objetivo consiste en analizar una decisión de fecha más reciente, y en esta ocasión su tratamiento en el siempre vigente Tratado de Derecho Comercial de Montevideo de 1.940.

Publiestudios S.A. se presentó ante los tribunales nacionales de primera instancia en lo comercial peticionando la quiebra de Adams and Adler S.A. señalando que la presunta fallida le había entregado un cheque de pago diferido sin fondos.

²⁵⁶ Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial N° 26, Secretaría N° 52. Para un análisis extenso del fallo ver: FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara Lidia, RODRÍGUEZ, Mónica y SCOTTI, Luciana Beatriz: "Insolvencia internacional y Tratados de Montevideo a la luz de un nuevo caso jurisprudencial" (Comentario al fallo "Adams and Adler SA s/ pedido de quiebra) en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* N° 3, *Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 27 de agosto de 2.004.

Adams and Adler es una sucursal, según surge de los registros de Inspección General de Justicia, de una sociedad constituida en la República Oriental del Uruguay. De tales constancias se desprende, además que dicha sociedad demandada no tenía capital propio, y que, por el contrario, la matriz se había obligado a remesarle fondos cuando y en la medida en que las necesidades del giro lo requirieran.

La sentenciante, teniendo en cuenta los extremos de hecho mencionados y siendo de aplicación el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1.940 (artículo 40), vinculante tanto para la República Argentina como para la República Oriental del Uruguay resolvió que: *"siendo la presunta deudora una sociedad extranjera registrada en la República Oriental del Uruguay donde tiene su domicilio social inscripto y que sólo opera como una sucursal en el país, por ende, sin independencia económica, corresponde reconocer la jurisdicción a favor de los tribunales uruguayos que resulten competentes, por lo que este Tribunal debe declararse incompetente y rechazar el presente pedido de quiebra; ello, sin perjuicio de las acciones que pudiera entablar el acreedor peticionante, en su momento, en los términos del art. 45 del cuerpo legal citado para abrir procesos de esta naturaleza en el país".*

El derecho aplicable al caso:

Tal como advierte la juez de primera instancia, resulta aplicable al caso en análisis el título VIII "De las quiebras" (artículos 40 a 53) del Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional²⁵⁷, suscripto en Montevideo el 19 de marzo de 1.940, por los delegados de Uruguay, Brasil, Colombia, Bolivia, Argentina, Perú y Paraguay, y ratificado por Argentina (1.956), Uruguay (1.942) y Paraguay (1.958). En adelante, Tratado de Montevideo de 1.940.

²⁵⁷ Vigente entre Colombia, Perú, Bolivia y Argentina. Para ver las diferencias entre el Tratado de Montevideo de 1.889 y el de 1.940 en materia de quiebras, véase BASZ; CAMPANELLA; "Derecho Internacional Privado". Ed. Rubinzal, Buenos Aires, 1.999.

Siendo el caso de una sucursal argentina de una sociedad constituida en la República Oriental del Uruguay, y siendo ambos Estados partes de dicho tratado, sus normas resultan aplicables.

Cabe recordar que existiendo un tratado en la materia que vincula a las partes prevalece sobre la legislación interna (en el caso la ley nº 24.522) atento a la jerarquía normativa de los tratados frente a las leyes, consagrada en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

A su turno, que el Tratado de Montevideo de 1.940, adopta el sistema de la extraterritorialidad de las quiebras internacionales y admite ambas modalidades: unidad y pluralidad de procesos.

Jurisdicción internacional en materia concursal

El fallo que estamos analizando se enmarca precisamente dentro de la normativa del Tratado de Montevideo de 1.940 sobre jurisdicción internacional en materia de quiebras. Y como veremos, es esencial decidir si el caso se resuelve de acuerdo al artículo 40²⁵⁸ o al artículo 41²⁵⁹ de dicho instrumento, ya que de tal decisión no sólo depende la competencia o incompetencia del juez argentino sino que además es fundamental para saber si se tramitará por un juicio único o si se abre la posibilidad de la tramitación de juicios plurales.

Así, nos encontramos ante un juicio de quiebra única (artículo 40) o ante juicios de quiebras plurales y simultáneos (artículo 41).

En la hipótesis del artículo 40 el juicio único se tramita ante el juez del domicilio de la casa matriz. Todos los acreedores del fallido presentarán sus títulos y harán valer sus derechos conforme a la ley y al juez del domicilio de la casa matriz que ha declarado la quiebra (artículo 40 Tratado de

²⁵⁸ El artículo 40 establece: "Son jueces competentes para declarar la quiebra, los del domicilio del comerciante o de la sociedad mercantil, aun cuando practiquen accidentalmente actos de comercio en otro u otros Estados, o tengan en alguno o algunos de ellos, agencias o sucursales que obren por cuenta y responsabilidad del establecimiento principal".

²⁵⁹ El artículo 41 expresa: "Si el fallido tiene dos o más casas comerciales independientes en distintos territorios, serán competentes para conocer del juicio de quiebra de cada una de ellas, los jueces o tribunales de sus respectivos domicilios"

Montevideo de 1.889 y artículo 48 del Tratado de Montevideo de 1.940). La ley aplicable, como lógica consecuencia, será también única, la *lex fori*.

Las medidas preventivas dictadas en tal juicio se harán efectivas sobre los bienes que el fallido tenga en los otros Estados, con arreglo a las leyes locales (artículo 43).

La hipótesis del artículo 41 debe leerse conjuntamente con el artículo 45 en cuanto dispone que culminada la publicación de los edictos, los acreedores locales tendrán un plazo de sesenta días para promover contra el fallido o concursado civilmente un nuevo juicio de quiebra si no procediese la declaración de quiebra en el respectivo Estado. En el supuesto que analizamos, los diversos juicios de quiebra serán tramitados con entera separación y serán aplicadas, respectivamente, en cada uno de ellos, las leyes del Estado en donde el procedimiento se radica, incluso para todo lo concerniente a la celebración de concordatos preventivos u otras institucionales análogas. Todo ello sin perjuicio del cumplimiento de las medidas a que se refiere el artículo 43, de lo dispuesto en el artículo 47 de este título y de las oposiciones que puedan formular los síndicos o representantes de la masa de acreedores de los otros juicios.

Como ya analizáramos, esta facultad sólo puede ejercerse dentro de los sesenta (60) días contados desde la publicación de los edictos a que se refiere el artículo 44, es decir, un total de noventa (90) días.²⁶⁰

Si los acreedores dejan vencer dicho plazo deberán hacer valer sus derechos y presentar sus títulos ante el juez y de conformidad con la ley del Estado que ha declarado la quiebra (artículo 48).

Si, en cambio, los acreedores ejercen dicha facultad se tramitarán juicios independientes y separados pero simultáneos y se aplicará en cada uno de ellos el derecho vigente en el Estado en que el procedimiento se radica.

²⁶⁰ El Tratado de Montevideo de 1.940 ha reducido este plazo en comparación con el previsto en el de 1.889, ya que según este último, las publicaciones debían efectuarse durante sesenta (60) días, extendiendo el plazo total a ciento veinte (120) días.

Cabe reiterar que aún en el caso de juicios plurales, como consecuencia del reconocimiento extraterritorial del hecho generador de la quiebra, no será necesario probar el estado de insolvencia para solicitar la apertura de un nuevo proceso. Asimismo la extraterritorialidad se manifiesta en la consagración de la llamada disponibilidad internacional de los remanentes (artículo 47 Tratado de Montevideo de 1.889 y artículo 41 Tratado de Montevideo de 1.940).

El caso que analizamos la cuestión jurisdiccional se resolvió teniendo en cuenta la naturaleza de las distintas casas de la concursada para la determinación de la dependencia o independencia que conducen a la aplicación de los artículos 40 y 41, en particular aquellos aspectos vinculados al capital, a la dependencia económica y patrimonial y al carácter de la administración.

¿Quién es, entonces, el juez competente en este caso?

Habiendo quedado demostrada la dependencia de la sucursal con respecto a la casa central, resulta aplicable el artículo 40 del Tratado de Montevideo de 1.940, en virtud del cual es competente el juez del domicilio de la sociedad principal, en el caso la sociedad constituida en la República Oriental del Uruguay, siendo entonces competente el juez uruguayo y resultando aplicable, la ley uruguaya en materia de concursos y quiebras. Sin embargo, al existir una sucursal argentina, la declaración de quiebra o concurso por el juez uruguayo, se publicará en nuestro país, de acuerdo al artículo 42 del Tratado de Montevideo de 1.940. Y las medidas preventivas dictadas en tal juicio se podrán hacer efectivas sobre los bienes que Adams And Andler S.A. tiene en Argentina (artículo 43 Tratado de Montevideo de 1.940).

Los acreedores cuyos créditos deben satisfacerse en la República Argentina deberán presentar sus títulos y hacer valer sus derechos ante la jurisdicción uruguaya, pero tendrán preferencia sobre la masa de bienes localizada en Argentina ya que los Tratados de Montevideo prevén, en el

caso de juicio único y ley única, la pluralidad de masas, consagrando las mentadas y controvertidas "preferencias nacionales" (artículo 48).

La autoridad del síndico será reconocida en la República y su función y las medidas que adopte se regularán por la ley uruguaya, salvo respecto a la ejecución de bienes fuera de tal jurisdicción, que deberá regirse por la ley de situación. Es decir, para ejecutar bienes situados en territorio argentino, el síndico deberá ajustarse a la ley local (artículo 49).

Por su parte, si los bienes sobre los que se hayan constituido determinadas garantías (prendarias o hipotecarias) con anterioridad a la fecha de cesación de pagos se hallan radicados en la Argentina, estos acreedores privilegiados deberán reclamar sus créditos ante los tribunales argentinos (artículo 50).

A modo de conclusión cabe referir la adecuada interpretación y aplicación del Tratado de Montevideo de 1.940, en el caso que hemos examinado.

Caso: **RIDIWEL S. A.**²⁶¹

Los hechos

Una sucursal, domiciliada en la República Argentina, de una sociedad constituida en la República Oriental del Uruguay (Ridiwel S.A.) peticionó ante los tribunales estatales argentinos la apertura de su concurso preventivo.

El establecimiento de dicha sucursal para explotar el objeto social en la República Argentina se instrumentó en un acta del directorio de Ridiwel S.A., en cuya cláusula segunda se estipuló no asignarle capital alguno y se acordó la obligación de la matriz de remesar fondos a la sucursal en la medida que las necesidades del giro comercial lo requirieran. Asimismo, tal instrumento otorga al apoderado y representante facultades *ilimitadas* para

²⁶¹ RIDIWEL S.A. Publicado en LL 2001-A, 142. Ver análisis del fallo por FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara Lidia, RODRÍGUEZ, Mónica Sofía y SCOTTI, Luciana Beatriz, "Concursabilidad en nuestro país de una sucursal argentina constituida en el Uruguay", en FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara: "Derecho Internacional Privado y de la Integración". ISBN 987-03-0336-6, ps. 427 - 437. 583 páginas, Colección de Análisis Jurisprudencial, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2.004.

la administración de la sucursal y la disposición de sus bienes pero siempre que se encaminara a la realización del objeto de la sucursal.

En efecto, la peticionante se encuentra inscripta regularmente en la Inspección General de Justicia (I.G.J.) como sucursal de la sociedad extranjera en los términos del artículo 118 de la ley de sociedades n° 19.550.

Hasta aquí tenemos los hechos.

Decisión de primera instancia

El Ministerio Fiscal a cargo del Dr. Alberto M. Güerri, se había expedido a favor de la competencia del juez argentino en una errónea aplicación de la normativa que cita, y en la que intenta fundar su dictamen.

Si bien en un principio refiere hacer aplicación de las normas del Tratado de Derecho Comercial de Montevideo de 1.940, sostiene que la competencia territorial otorgada en el artículo 41 a los jueces de los respectivos domicilios en los supuestos de pluralidad de casas independientes constituye una excepción al principio del artículo 40.

En su invocación al artículo 2° -inciso 2°- de la ley N° 24.522, omite efectuar el análisis de la jerarquía normativa de los tratados internacionales que no sólo tiene un amplio reconocimiento por reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sino que se encuentra establecida por la propia ley de quiebras cuando en su artículo 4, regula cuestiones relativas a las quiebras internacionales dispone “Sin perjuicio de lo dispuesto por tratados internacionales...”.

Es decir la aplicación de la ley N° 24.522 queda subordinada a la inexistencia de alguna norma convencional, y como el propio fiscal refirió existen en el caso los Tratados de Montevideo, por cuanto la ley nacional sólo servirá eventualmente para cubrir posibles vacíos en dicho texto convencional.

Otro error de aplicación normativa es la referencia al artículo 11 del Código Civil. Sin pretender extendernos en el desarrollo del tema, ha sido ampliamente debatida, solucionada y superada la cuestión respecto a que el

artículo 11 refiere a los bienes considerados “*ut singulis*” en tanto que la quiebra es un procedimiento universal, es decir que sus disposiciones consideran, regulan y comprenden la totalidad de un patrimonio, es decir los bienes considerados de manera “*ut universitas*” y no de manera singular.

Es por ello que el referido artículo 11 del Código Civil no es aplicable en el proceso concursal.

No obstante el dictamen del Ministerio Fiscal, con fecha 23 de marzo de 2.000 el magistrado de primera instancia en lo comercial Dr. Carlos A. Ferrario se declaró incompetente por los siguientes fundamentos:

1. Resulta aplicable el artículo 40 del Tratado de Montevideo de 1.940 según el cual son competentes los jueces del domicilio de la sociedad mercantil aunque tengan sucursales que obren por cuenta y responsabilidad del establecimiento principal.
2. No es aplicable el artículo 41 del Tratado de Montevideo de 1.940, como lo aconsejaba el fiscal, pues la sucursal por definición es un establecimiento dependiente de una central o casa matriz.
3. Dicha dependencia se advierte en la manifestación del acta de directorio en el sentido de no asignarle capital a la sucursal y en cambio, establecer la obligación de la matriz de remesarle fondos cuando las necesidades del giro comercial lo requieran. En apoyo de su argumento, el juez citó el precedente “**Belum S.A., le pide la quiebra Tecnocom San Luis S.A.**” (CNCom Sala A, 11/12/1998²⁶²) en el cual la insuficiencia de capital de la sucursal fue uno de los motivos para circunscribir el caso en el artículo 40 y no en el 41.
4. Asimismo, las facultades del apoderado y representante, aún cuando se reputen ilimitadas, están acotadas a la realización del objeto de la sucursal, resultado mucho más limitadas de lo que habría considerado el fiscal en su dictamen.
5. Es irrelevante que se trate de un pedido de apertura de concurso preventivo y no de una quiebra, ya que son aplicables las mismas reglas de

competencia pues el concurso preventivo es un proceso universal que puede acarrear las consecuencias de la quiebra.

6. El artículo 2° de la ley de concursos y quiebras debe ser interpretado en armonía con el Tratado de Montevideo siendo éste jerárquicamente superior. Razón por la cual, lo atinente a los bienes existentes en el país se deben resolver a la luz del artículo 43 y siguientes del Tratado de Montevideo.

Decisión de segunda instancia

La solicitante del concurso apeló la sentencia de primera instancia fundando su recurso en la interpretación del *aquo*, a su criterio fragmentaria, del Tratado de Montevideo de 1.940. Argumentó que resultaban aplicables los artículos 3° y 41 de tal tratado.

La Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial conformada por los jueces Dres. Enrique Butty y María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero, el 22 de agosto de 2.002 confirmó la sentencia apelada haciendo suyos los argumentos del fiscal de Cámara, haciendo hincapié en la falta de autonomía e independencia de la sucursal respecto de la sociedad constituida en Uruguay, desechando en consecuencia la aplicación del artículo 41 del tratado de Montevideo y por lo tanto rechazando la competencia de los tribunales argentinos.

Por su parte, el artículo 3°²⁶³ del tal tratado, invocado por la apelante no es de aplicación al caso pues se trata de una norma genérica en relación con las normas específicas sobre jurisdicción en materia concursal.

Marco normativo:

Tal como coinciden en ambas instancias, los jueces y los representantes del Ministerio fiscal, resulta aplicable al caso en análisis el título VIII "De las quiebras" (artículos 40 a 53) del Tratado de Derecho

²⁶² E.D. t. 185, p. 624.

²⁶³ Artículo 3° del Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1.940: "Domicilio comercial es el lugar en donde el comerciante o la sociedad comercial tienen el asiento principal de sus negocios.

Comercial Terrestre Internacional, suscripto en Montevideo el 19 de marzo de 1.940, En efecto, tratándose de una sucursal argentina de una sociedad constituida en la República Oriental del Uruguay, y siendo ambos Estados partes de dicho tratado, sus normas resultan aplicables.

Recordemos que, existiendo un tratado en la materia que vincula a las partes prevalece sobre la legislación interna (en el caso la ley Nº 24.522) atento a la jerarquía normativa de los tratados frente a las leyes, consagrada en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, tal como lo remarca el juez de primera instancia (considerando V). En el mismo sentido, recordemos que el artículo 4º de la ley Nº 24.522 establece: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el concurso en el extranjero ...", indicándonos que la ley nacional de concursos y quiebras rige solamente en los concursos con elementos extranjeros en los que no son de aplicación tratados internacionales ratificados por la República Argentina.

Es importante señalar que el Tratado de Montevideo de 1.940 aún cuando dedica el título VIII a las quiebras, es también aplicable a las liquidaciones judiciales, concordatos preventivos, suspensión de pagos, u otras instituciones análogas, tal como lo dispone el artículo 53. Es decir que es aplicable, sin lugar a discusión alguna, al caso in examine que se trata, precisamente, de un concurso preventivo.

El sistema extraterritorialista adoptado por el Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre de 1.940, admite ambas modalidades: unidad y pluralidad de procesos.

La jurisdicción internacional en materia concursal en el Tratado de Montevideo de 1.940

Como veremos, es esencial decidir si el caso se resuelve de acuerdo al artículo 40 o al artículo 41 de dicho instrumento, ya que de tal decisión no sólo depende la competencia o incompetencia del juez argentino sino que

Si constituyen, sin embargo, en otro u otros Estados, establecimientos, sucursales o agencias, se consideran domiciliados en el lugar en donde funcionen, y sujetos a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que allí practiquen".

además es fundamental para saber si se tramitará por un juicio único o si se abre la posibilidad de la tramitación de juicios plurales.

Como ya hemos analizado, en la hipótesis del artículo 40 el juicio único se tramita ante el juez del domicilio de la casa matriz. Todos los acreedores del fallido presentarán sus títulos y harán valer sus derechos conforme a la ley y al juez que ha declarado la quiebra (artículo 48). La ley aplicable será la *lex fori*. Las medidas preventivas dictadas en tal juicio se harán efectivas sobre los bienes que el fallido tenga en los otros Estados, con arreglo a las leyes locales (artículo 43).

El supuesto regulado en el artículo 41 debe leerse conjuntamente con el artículo 45, en tal caso, los diversos juicios de quiebra se seguirán con entera separación y serán aplicadas, respectivamente, en cada uno de ellos, las leyes del Estado en donde el procedimiento se radica. Asimismo se aplicarán las leyes correspondientes a cada juicio distinto y separado para todo lo concerniente a la celebración de concordatos preventivos, ello sin perjuicio del cumplimiento de las medidas a que se refiere el artículo 43, de lo dispuesto en el artículo 47 y de las oposiciones que puedan formular los síndicos o representantes de la masa de acreedores de los otros juicios.

Si los acreedores dejan vencer el plazo para la apertura del proceso local, deberán hacer valer sus derechos y presentar sus títulos ante el juez y de conformidad con la ley del Estado que ha declarado la quiebra (artículo 48).

Si, en cambio, los acreedores ejercen dicha facultad se tramitarán juicios independientes y separados pero simultáneos y se aplicará en cada uno de ellos el derecho vigente en el Estado en que el procedimiento se radica, aunque no será necesario probar el estado de insolvencia para solicitar la apertura de un nuevo proceso.

Como es fácil advertir, para que un caso concreto quede comprendido en el artículo 40 o en el artículo 41 con las consecuencias que según vimos esta decisión acarrea, resulta imprescindible distinguir cuándo nos hallamos frente a una "agencia o sucursal" o ante una "casa comercial independiente",

para lo cual deberán tenerse los parámetros que la doctrina y jurisprudencia han establecido y que fueron objeto de estudio anteriormente.

Precisamente, el artículo 40 al prever un juicio único de quiebra atiende a esta unidad patrimonial indiferenciada entre la casa matriz y sus sucursales.

La filial en cambio es una organización jurídicamente distinta, con personalidad propia, medios propios y conducción diferenciada, y que se encuentra controlada total o parcialmente por la casa matriz, lo que permite responsabilizar a ésta de los actos realizados por la filial y extender los efectos de sus actos, reconociendo la existencia de una única persona jurídica.

En cambio en el supuesto previsto en el artículo 41, los acreedores locales han otorgado sus créditos sobre la base de una previsión nacional, correspondiendo entonces, la pluralidad de juicios.

En efecto el caso que analizamos se resolvió teniendo en cuenta estos extremos: en particular aquellos vinculados al capital, a la dependencia económica y patrimonial y al carácter de la administración.

A la luz de todas estas consideraciones ¿quién es el juez competente en el caso cuyo análisis es objeto de este comentario?

- ❖ Atento a que quedó demostrada la dependencia de la sucursal con respecto a la casa central, tal como acertadamente sostienen el juez de primera instancia y la Cámara de Apelaciones, resulta aplicable el artículo 40 del Tratado de Montevideo de 1.940, en virtud del cual es competente el juez del domicilio de la sociedad principal, en el caso la sociedad constituida en la República Oriental del Uruguay, siendo, entonces competente el juez uruguayo y resultando aplicable, la ley uruguaya en materia de concursos y quiebras. Sin embargo, al existir una sucursal argentina, la declaración de quiebra o concurso por el juez uruguayo, se publicará en nuestro país, de acuerdo al artículo 42 del Tratado de Montevideo de 1.940. Y las medidas preventivas dictadas en tal juicio se podrán hacer efectivas sobre los bienes que

Ridiwel S.A. tiene en Argentina (artículo 43 Tratado de Montevideo de 1.940).

- ❖ Los acreedores cuyos créditos deben satisfacerse en la República Argentina deberán presentar sus títulos y hacer valer sus derechos ante la jurisdicción uruguaya, pero tendrán preferencia sobre la masa de bienes localizada en Argentina ya que los Tratados de Montevideo prevén, en el caso de juicio único y ley única, la pluralidad de masas, consagrando las mentadas y controvertidas "preferencias nacionales" (artículo 48).
- ❖ La autoridad del síndico será reconocida en la República y su función y las medidas que adopte se regularán por la ley uruguaya, salvo respecto a la ejecución de bienes fuera de tal jurisdicción, que deberá regirse por la ley de situación. Es decir, para ejecutar bienes situados en territorio argentino, el síndico deberá ajustarse a la ley local (artículo 49).
- ❖ Por su parte, si los bienes sobre los que se hayan constituido garantías prendarias o hipotecarias con anterioridad a la fecha de cesación de pagos se hallan radicados en la Argentina, estos acreedores privilegiados deberán reclamar sus créditos ante los tribunales argentinos (artículo 50).

Conclusiones del fallo

Consideramos que la decisión adoptada en el caso que hemos examinado es acertada pues interpreta y aplica adecuadamente las disposiciones del Tratado de Montevideo de 1.940. En efecto, un análisis ajustado de las consideraciones de hecho, respecto a la existencia de posibles agencias, sucursales, filiales o algún tipo de representación, dependiente o independiente a los fines de la determinación del derecho aplicable, se planteó la alternativa que abren los artículos 40 o 41 del Tratado de Derecho Comercial Terrestre de 1.940.

Resulta de toda necesidad, que ante la falta de acuerdo internacional sobre el tema, en ausencia de alguna convención o tratado en la materia

específica, recobran importancia, trascendencia las normas de conflicto internas, por ser las que determinan la competencia legislativa.

Por eso no debe pasar inadvertido que, en una cuestión de tanta relevancia como es la insolvencia internacional, la falta de acuerdo entre los Estados a través de instrumentos de armonización legislativa, lleva al caso concreto a depender de la política legislativa (territorialista o extraterritorialista) que tiene el derecho del juez que entiende en la causa, y sabemos que la determinación de un derecho sustancial en concreto puede tener distintos alcances.²⁶⁴

Ley aplicable:

Tal como lo establece el artículo 45 en el caso de que proceda la tramitación de juicios separados e independientes, se aplicará en cada uno de ellos el derecho vigente en el Estado en el que el procedimiento se radica. Como es lógico también será aplicable el derecho procesal del foro.

Si bien es cierto que la pluralidad de procesos repercute en cierta medida sobre el derecho aplicable por cuanto los jueces de cada país aplican su propio derecho en materia, por ejemplo, de graduación de créditos; dicha graduación no afecta la existencia misma del derecho del acreedor, ya que la verificación del crédito se rige por el derecho aplicable al crédito de cuya verificación se trate. Si por ejemplo el crédito proveniente de la falta de pago de una compraventa de mercaderías será evaluado en cuanto a su existencia y exigibilidad por la ley que le es propia, es decir,

²⁶⁴ Sobre este tema puede verse: "Armonización Legislativa en áreas integradas", por Sara Lidia FELDSTEIN de CÁRDENAS, en Temas de Derecho privado XII. Revista del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 2.000; y de la misma autora "La armonización legislativa en materia de quiebras en el Mercosur: panacea o anatema?", en www.noticias.juridicas. También "La insolvencia internacional en la Argentina: armonización legislativa a la europea?", en www.derecho.org.es; y "La insolvencia internacional en el Mercosur: una necesidad o una quimera?", en www.lfallimento.com, "Armonización legislativa en materia de insolvencia internacional: una asignatura pendiente en el Mercosur?", IX Jornadas Becarios e Investigadores. Universidad de Mar del Plata. Editorial Suárez. 2.002. "Algunos aspectos de la Insolvencia de las empresas internacionales y regionales", por Mónica S. RODRÍGUEZ, en Revista Síntesis Forense N° 88 del Colegio de Abogados de San Isidro. Año 2.000, también "Armonización legislativa en materia de Insolvencia Internacional: La quiebra comercial en los Tratados de Montevideo de 1.940", en Revista Síntesis Forense N° 90 del Colegio de Abogados de San Isidro. "Efectos de la apertura del concurso preventivo en los países del Mercosur", por Liliana CICHERO y Laura MATOZZI, Rev. Der. Mercosur 4 (1.998), 112, "La quiebra transnacional en el Mercosur", Rev. Der. Mercosur 3 (1.997), 127 por Alberto CONIL PAZ, "Concurso en el Mercosur", por Isabel CREIMER, II Encuentro Argentino Uruguayo de Institutos de Derecho Comercial. 1.997.

conforme las obligaciones establecidas a cargo del comprador en el propio contrato y en la ley contractual que resulte aplicable.

En tanto que la graduación de créditos constituye una cuestión procesal ya que establece el orden en que los bienes responden a los acreedores en la ejecución, los que, por otra parte, podrán pedir el pago en otro país donde el deudor tuviere bienes, con respecto a la parte no cancelada.

Acreedores Locales y Extranjeros:

Los Tratados de Montevideo se han valido de lo que en el Derecho Internacional Privado se denomina calificaciones autóctonas para definir, precisar terminológicamente estas categorías de acreedores, lo que llevó a la doctrina nacional a redefinir estos conceptos conforme lo hacían dichos tratados, siendo los acreedores locales o nacionales aquellos cuyos créditos debían ser satisfechos en la República y los acreedores extranjeros los titulares de créditos pagaderos en el exterior.

Como ya dijimos, el tema queda resuelto respecto a las quiebras internacionales dentro de la órbita de los Tratados de Montevideo ya que el de 1.889 califica a los acreedores locales como aquellos cuyos créditos deben satisfacerse en el país, seguido en igual sentido por el artículo 46 del de 1.940.

Artículo 46: *“Entiéndese por acreedores locales que corresponden a la quiebra declarada en un Estado, aquellos cuyos créditos deben satisfacerse en dicho Estado”.*

Con respecto a las quiebras nacionales, (siendo de aplicación la ley N° 24.522 y sus modificatorias), y a las quiebras internacionales que vinculen a países no ratificantes de los Tratados de Montevideo, la cuestión es mucho más compleja en virtud a la posibilidad de que algún acreedor pueda ser en parte pagadero en el país y en parte en el exterior, o el tema de las preferencias nacionales.

Como es de suponer, dichas calificaciones no resultan u obligatorias como criterios interpretativos en las relaciones que se desarrollen o que vinculen con Estados no parte de los Tratados, si bien, sus soluciones o disposiciones en materia de definiciones podrían aplicarse de manera analógica.

Publicidad:

El Tratado de Montevideo dispone en el artículo 42, tanto para el caso de desarrollarse un proceso único como en el de pluralidad de juicios; la publicidad de la declaración de quiebra y de todos los actos concernientes a ella, en todos los Estados en donde la fallida tenga sucursales, agencias, o establecimientos. También se dispone la publicidad en los lugares en que el fallido tenga bienes sobre los cuales se hayan dispuesto en el proceso de quiebra, medidas cautelares (artículo 44).

La publicidad es la manera de dar a conocer a los acreedores locales la existencia de un proceso, la declaración de la quiebra y las medidas que el tribunal hubiera dispuesto, garantizando así el conocimiento y la participación de todos los acreedores, el ejercicio de sus derechos y la oponibilidad *erga omnes* de las medidas adoptadas por el tribunal, debiendo cumplir dicha publicidad con las formas establecidas en las leyes del lugar en el que se efectúe.

No se exige la publicidad en los Estados en que se hubieren realizado actos de comercio en forma accidental.

Artículo 42: *“La declaración de quiebra y demás actos concernientes a ella cuya publicación esté prescripta por las leyes del Estado en donde la quiebra ha sido declarada, se publicarán en los Estados en donde existan agencias, sucursales o establecimientos del fallido, sujetando las formalidades establecidas por las leyes locales”.*

Artículo 44: *“Una vez cumplidas las medidas preventivas por medio de las respectivas cartas rogatorias, el juez exhortado hará publicar durante treinta días en los lugares donde el fallido posea bienes, avisos en los cuales*

se dé a conocer el hecho de la declaratoria de quiebra y las medidas que se hubieran dictado”.

Disponibilidad de los remanentes:

Una particularidad característica del sistema de la extraterritorialidad de la insolvencia es la consideración, la necesidad de regulación de la disponibilidad de los remanentes. Ello en cuanto solo dentro de este sistema pueden abrirse procesos de quiebras solventes, en razón que, como ya lo destacáramos, no debe probarse el estado de cesación de pagos en cada uno de los países en donde el fallido tiene bienes, ya que el presupuesto para la apertura del nuevo procedimiento está dado por la quiebra extranjera. Entonces, cabe la posibilidad que en uno de los procedimientos iniciados, al efectuarse la liquidación, resulte un sobrante por la existencia, dentro de los límites del territorio de ese Estado, de un activo que supera las deudas del fallido.

Este tema se encuentra específicamente regulado por el artículo 47 del Tratado, que establece: *“Cuando proceda la pluralidad de los juicios de quiebra según lo establecido en este título, el sobrante que resultare en un Estado a favor del fallido, quedará a disposición del juez que conoce de la quiebra en el otro, debiendo entenderse con tal objeto los jueces respectivos”.*

En caso en que se estén tramitando más de dos procesos de quiebra y no haya acuerdo entre los jueces respecto del destino del sobrante o remanente, parte de la doctrina entiende que tal decisión corresponderá al juez que entiende en el proceso en el que existe dicho sobrante.

Sin embargo considero que nada obsta en el supuesto descrito, a la aplicación extensiva del artículo 51 del mismo texto legal y que en estos casos el sobrante o remanente concurre a la formación del activo de la quiebra del juez que hubiere prevenido.

Bienes situados en territorio donde no se promueve juicio de quiebra:

Una situación distinta puede darse cuando existan bienes del deudor fallido en el territorio de un Estado en el cual no se promueva juicio de quiebras por no encontrarse habilitada la jurisdicción de sus tribunales conforme las condiciones establecidas en los artículos 40 o 41 del Tratado.

Si se está tramitando un proceso único (artículo 40) dichos bienes concurrirán a la formación de la masa concursal también única. En cambio, si se están tramitando más de un proceso por tener el fallido dos o más casas comerciales independientes en distintos territorios, los bienes existentes en el territorio donde no se promueve juicio de quiebra deberán concurrir a la formación de la masa concursal del tribunal que hubiere prevenido.

Así se encuentra resuelto en el artículo 51 del Tratado en cuanto dispone que: *“Cuando exista pluralidad de juicio de quiebra, los bienes del deudor situados en el territorio de otro Estado en el cual no se promueva juicio de quiebra, concurso civil y otro procedimiento análogo, concurrirán a la formación del activo de la quiebra cuyo juez hubiese prevenido”*.

En ambos casos (de juicio único o plurales) el juez de la quiebra podrá ordenar las medidas cautelares que considere oportunas conforme lo faculta el artículo 43.

Juicio único y pluralidad de masas:

La cuestión se encuentra regulada por el artículo 48 del Tratado en donde se dispone que cuando proceda la tramitación de un juicio único, tanto en el caso del artículo 40, como en el caso del artículo 41 que los acreedores locales no iniciaron el juicio de quiebra en su país – en los términos del artículo 45-; los créditos localizados en un Estado tienen preferencia con respecto a los de los otros, sobre la masa correspondiente al Estado de su localización. Es decir que cada masa de bienes satisface a sus propios acreedores y si hay remanente, éste pasa a la otra masa.

Artículo 48: *“En el caso de que se siga un solo juicio de quiebra porque así corresponda según lo dispuesto en el artículo 40, o porque los titulares de los créditos locales no hayan hecho uso del derecho que les concede el artículo 45, todos los acreedores del fallido presentarán sus títulos y harán uso de sus derechos de conformidad con la ley y ante el juez o tribunal el Estado que ha declarado la quiebra...”*.

Exclusión de bienes:

Tanto en el caso de tramitarse un juicio único o en el de pluralidad de procesos no forman parte de las respectivas masas patrimoniales, por quedar excluidas del fuero de atracción del proceso de quiebra; los bienes sobre los que se hayan constituido garantías prendarias o hipotecarias con anterioridad a la fecha de cesación de pagos.

En estos casos los acreedores que posean estos privilegios, deberán reclamar sus créditos ante los tribunales del Estado en donde se encuentran radicados dichos bienes.

Una vez satisfechos los mismos, de existir remanente, éste concurrirá a formar parte de la masa patrimonial.

Artículo 50: *“Aún cuando exista un solo juicio de quiebra, los acreedores hipotecarios o prendarios, anteriores a la fecha de la definitiva cesación de pagos, podrán ejercer sus derechos ante los jueces del Estado en donde están radicados los bienes hipotecados o dados en prenda”*.

Preferencias Nacionales:

El sistema de preferencias locales o nacionales consiste en reservar los bienes situados en el territorio de un determinado país para hacer frente y satisfacer con ellos las obligaciones y los créditos localizados en dicho territorio.

El fundamento del privilegio no se relaciona con la tramitación de ningún concurso extranjero, sino con la concurrencia de créditos pagaderos

en el país y en el extranjero ante un concurso argentino.

Conforme prestigiosa doctrina y jurisprudencia nacional²⁶⁵ sería absurdo establecer que la declaración de quiebra en el extranjero no pueda ser invocada para disputar derechos de los acreedores locales y admitir, por otro lado, que la ausencia de declaración de quiebra sí pueda suprimir la preferencia local de aquellos mismos acreedores.

En los autos “Trading Americas, S.A. s/ quiebra”, la Sala E de la Cámara Nacional de Comercio, el magistrado Antonio Boggiano ratifica esta postura, en el considerando 9 de su voto el que transcribimos dada la claridad expositiva del mismo.

En dicha oportunidad sostuvo: “En el ámbito de los Tratados de Montevideo cabe destacar muy especialmente la diferente (diferencia existente) entre en el artículo 42 del Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1.889 y el artículo 48 del Tratado de Derecho Comercial Internacional Terrestre de 1.940.

Este artículo 48 dice: “En caso de que se siga un solo juicio de quiebra, porque así corresponda según lo dispuesto en el artículo 40, o porque los titulares de los créditos no hayan hecho uso del derecho que les concede el artículo 45, todos los acreedores del fallido presentarán sus títulos y harán uso de sus derechos de conformidad con la ley y ante el juez o tribunal del Estado que ha declarado la quiebra”. Hasta aquí el texto del artículo 48 coincide con el texto del artículo 42 del Tratado de 1.889. Pero en el segundo párrafo del artículo 48 del Tratado de 1.940 se agrega: “En este caso, los créditos localizados en un Estado tienen preferencia con respecto a los de los otros sobre la masa de bienes correspondientes al Estados de su localización”. Bien se advierte aquí que la pluralidad de concursos no es condicionante ni presupuesto necesario para que funcione la preferencia de los acreedores locales...”²⁶⁶

²⁶⁵ Ver Voto del Dr. Antonio BOGGIANO. Sentencia del 5 de mayo de 1.976 en el caso “Literal S.A.C.I.F. s/ convocatoria”. E.D., t.71, p.384 – Rev. La Ley t.1.977-B p.183.

²⁶⁶ El lector interesado puede leer in extenso los fundamentos del fallo en “Trading Americas, S.A. s/quiebras”- CNCom., Sala E, setiembre 15-983. La Ley t.1.983-D, ps. 421-429.

Como puede observarse del análisis efectuado, tal como surge de lo dispuesto en el artículo 48, la preferencia de los acreedores locales sobre los bienes situados en el territorio en el que debe ser cancelado el crédito, procede no solo en el caso de pluralidad de procesos concursales sino también en caso de tramitarse un único juicio de quiebra o concurso.

Podría decirse en este último caso que nos encontramos ante la tramitación de un juicio o proceso único con pluralidad de masas concursales.

Facultades del Síndico:

Las facultades de los síndicos, administradores o representantes de la quiebra, se encuentran reguladas, con mayor precisión que en el Tratado de 1.889, estableciendo por un lado; que su autoridad no podrá ser cuestionada por ningún Estado miembro y por otro, que se encuentra sometida a las leyes del Estado en donde fue declarada la quiebra, quedando facultados para comparecer en juicio, disponer medidas conservatoria y de administración.

Sin embargo, la ejecución de los bienes situados fuera de la jurisdicción que le ha conferido su autoridad, se encuentra sometida a la *lex rei sitae*.

Artículo 49: *“La autoridad de los síndicos o administradores de la quiebra única, cualquiera que sea su denominación o la de sus representantes, será reconocida en todos los Estados contratantes.*

Podrán tomar medidas conservativas o de administración, comparecer en juicio y ejercer las funciones y derechos que les acuerdan las leyes del Estado en donde fue declarada la quiebra; pero la ejecución de los bienes situados fuera de la jurisdicción del juez que entiende en el juicio, deberá ajustarse a la ley de la situación”.

Jurisprudencia:

Caso: Mefina S.A.F y de Mandatos, su Quiebra – Incidente de realización de bienes en el Uruguay”. ²⁶⁷

En la presente causa se plantearon, en repetidas oportunidades, cuestiones relacionadas a la actuación internacional de los síndicos y abogados intervinientes, la traba de medidas cautelares, respecto a la ley reguladora de su actuación, como asimismo la jurisdicción competente para resolverlas.

Hechos:

Mefina era una sociedad anónima que poseía cuantiosos bienes en Uruguay y varios departamentos en la ciudad de Punta del Este, fue declarada en quiebra en Buenos Aires, ordenándose la venta de dichos bienes en 1.984. El Síndico de la quiebra argentina designó abogados uruguayos para que intervinieran en el proceso liquidatorio, y a requerimiento del juez argentino, el juez uruguayo designa un martillero que vendió, en 1.985, en subasta pública la hacienda que poblaba el campo.

A su turno el juez argentino nombró un Administrador de bienes (en adelante Primer Administrador) que fue puesto en funciones en el Uruguay recién en 1.987, en razón que el pedido había tramitado por la Embajada Argentina en Montevideo erróneamente bajo las reglas del Convenio Sobre Igualdad Procesal y Exhortos²⁶⁸, y no por las disposiciones del Tratado de Montevideo de 1.940.

En 1.988 el juez uruguayo ordenó la publicación de edictos dispuesta por el artículo 44 del Tratado de Montevideo, a fin que los posibles acreedores locales comparecieran al procedimiento. Ningún acreedor local se presentó.

Durante la tramitación del proceso ocurrieron varios hechos que

²⁶⁷ Mefina S.A.F y de Mandatos, su Quiebra – Incidente de realización de bienes en el Uruguay”, Expte. N° 38.101, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 4 de Buenos Aires.

²⁶⁸ Convenio Sobre Igualdad Procesal y Exhortos, vigente entre Argentina y Uruguay, que fuera aprobado en la Argentina por Ley n° 22.410/81.

pusieron en serio riesgo los bienes (incendio, robos de leña y cables en el campo, enfermedades contagiosas de la hacienda lanar, los resultados de la explotación por el administrador fueron negativos). El campo fue expropiado y transferido a la Municipalidad de Maldonado en 1.994 a pedido de los propios vecinos del campo.

El juez argentino entendió que el Primer Administrador no había rendido cuentas por cuanto lo removió y nombró al Segundo Administrador. El juez uruguayo notificó la remoción al Primer Administrador.

Situaciones de conflicto:

A) Dificultades con los Administradores: El Primer Administrador presentó apelación ante la Cámara de Apelaciones de Montevideo, quien confirma la remoción por Acuerdo N° 104 de fecha 15 de abril de 1.988.

Asimismo planteó una cuestión relativa a los bienes administrados ante el juez de Primera Instancia uruguayo, quien resolvió en el sentido de que toda cuestión relativa a los bienes debía ser planteada ante el juez argentino. La resolución fue apelada ante la Cámara de Apelaciones de Montevideo nuevamente rechaza la cuestión en mayo de 1.991.

También es removido el Segundo Administrador por el juez argentino, quien nombra a un Tercer Administrador.

El Segundo Administrador se presenta ante el juez de primera instancia uruguayo, invocando derecho de retención por sus honorarios, sobre los bienes en las condiciones del artículo 2084 del Código Civil Uruguayo, y solicitó que le fueran regulados. Sostuvo que había sido designado como martillero por un juez uruguayo y bajo la ley uruguaya y por ello no podía ser removido por el juez argentino.

A su turno se presentó ante el juez argentino declarando que actuaría en el futuro sólo de acuerdo a la ley uruguaya, por lo cual continuaría con sus funciones hasta que su nombramiento fuera revocado por un juez uruguayo, revocó su domicilio en Buenos Aires y sostuvo que toda notificación en el futuro debía serle hecha en su domicilio en Uruguay.

En junio de 1.991 solicita ante el juez uruguayo de primera instancia

una medida preventiva respecto de los bienes en Uruguay a fin de poder hacer efectivo su derecho de retención sobre esos bienes, siéndole denegada la petición en razón que dicha decisión correspondía al juez de Buenos Aires. Así en setiembre de 1.991, el juez de Maldonado decidió:

- Detener el remate de los bienes en Uruguay, dejando sin efecto el nombramiento del martillero designado para hacerlo.
- Los bienes debían ser entregados al Tercer Administrador como lo había ordenado el juez argentino.
- Declarando que el tribunal uruguayo carecía de competencia para decidir la cuestión planteada por el Segundo Administrador respecto de la remoción, entiende que la competencia es exclusiva del juez argentino.
- Declarando que la cuestión sobre el derecho de retención planteada por el Segundo Administrador también debía ser decidida por el juez argentino.
- Declara que el juez uruguayo carecía de competencia para decidir sobre la cuestión de los honorarios del martillero, cuestión que debía ser resuelta por el juez argentino, quien había designado y removido al Segundo Administrador.
- Respecto al embargo de los bienes en el Uruguay, corrió traslado al fiscal quien dictaminó que el juez uruguayo podía trabar medidas cautelares con fundamento en la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares firmado en Montevideo en 1.979. El juez uruguayo dispone entonces un embargo sobre los bienes en Uruguay y otorgó al Segundo Administrador un plazo de treinta (30) días para iniciar la acción sobre el derecho de fondo.

Como puede observarse esta medida no tiene por objeto cuestionar la competencia del juez concursal argentino, sino a modo preventivo (30 días), resguardar el posible ejercicio de los derechos del Segundo Administrador, confirmándose que la procedencia de la petición de regulación de honorarios, el fondo de la cuestión, era competencia exclusiva del juez concursal.

El Segundo Administrador apeló la decisión sosteniendo que:

- Había sido designado y actuado como auxiliar de la Justicia uruguaya.
- Su actuación había sido en relación con bienes ubicados en el Uruguay.
- Resultaban de aplicación los artículos 38, inciso 4, y 56 inciso 1 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil de 1.940, que habilitan al juez uruguayo a tomar conocimiento y resolver el fondo de la cuestión.
- Como acreedor de la masa, él no estaba obligado a verificar su crédito ante el juez de la quiebra.

La Cámara de Apelaciones de Montevideo resolvió:

a) La situación jurídica del Segundo Administrador es una cuestión a ser resuelta por el juez argentino, y que no podía ser considerado como un acreedor de la quiebra en los términos del artículo 40 y siguientes del Tratado de Montevideo.

b) El peticionante sólo podría tener carácter de acreedor una vez que sus honorarios fueran fijados.

c) El Segundo Administrador no podía ser admitido a promover un proceso secundario o un incidente, en ningún otro país que aquel donde se declaró la quiebra, ya que lo contrario implicaría la denegación de claros principios del Tratado de Montevideo de Derecho Comercial de 1.940, que en el artículo 45 establece la existencia de:

- un solo proceso de quiebra; o
- quiebras separadas en diferentes países en los que hubiera bienes,

d) El Segundo Administrador no era un acreedor privilegiado con derecho de retención sobre los bienes afectados a su administración, sino un depositario, un Auxiliar de la Justicia argentina, y como tal, sus honorarios debían ser regulados por el Juez argentino.

No obstante que las medidas cautelares ordenadas por el juez de primera instancia no habían sido sujetas a recurso, la Cámara resolvió que éste no tenía jurisdicción para ordenarlas.

El Segundo Administrador planteó recurso ante la Corte Suprema del Uruguay, quien en setiembre de 1.993 confirma el fallo de la Cámara con los

siguientes argumentos:

a) Las funciones desempeñadas por el Segundo Administrador habían sido realizadas por designación del juez argentino quien lo había nombrado y removido después.

b) Los artículos 38 y 56 del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1.940 no eran aplicables al caso. Los servicios del Administrador habían sido prestados en calidad de Auxiliar del juez argentino, quien tiene competencia exclusiva y excluyente en la quiebra que debía prevalecer.

c) Toda cuestión relativa a los honorarios del Segundo Administrador debería ser pagada por la masa de la quiebra argentina, por lo cual correspondía al juez argentino la regulación de sus honorarios, teniendo competencia exclusiva para hacerlo.

d) Son las reglas de la quiebra internacional las que adquieren preeminencia siendo este un supuesto de quiebra única, la cuestión de los honorarios será incidental, conforme los Tratados de Montevideo de 1.940.

B) Dificultades con los abogados: Los primeros abogados designados por el Síndico argentino solicitaron ante el juez uruguayo el embargo de los fondos que pertenecieran al patrimonio de Mefina, los que no debían ser remitidos a la Argentina hasta tanto se les pagaran sus honorarios. Solicitaron asimismo, la regulación de honorarios.

El juez de primera instancia de Maldonado, en febrero de 1.992 entendió que carecía de jurisdicción para regular los honorarios, pero que podía ordenar medidas precautorias, y que los peticionantes debían comparecer ante el juez argentino para obtenerla regulación de honorarios. Sus argumentos fueron:

- El juez uruguayo había sido comisionado por el juez argentino de la quiebra para la ejecución de medidas específicas.
- La jurisdicción exclusiva se mantenían en el juez argentino, quien debía resolver todas las cuestiones que se plantearan sobre la quiebra.

- El juez uruguayo carece de jurisdicción para resolver sobre el monto de los honorarios de los abogados designados por el síndico argentino, pero efectivamente, tenía jurisdicción para ordenar medidas precautorias con una vigencia de treinta (30) días, (conforme artículo 311 y siguientes del Código Procesal uruguayo).

El fallo fue anulado por cuestiones procesales y debió tramitarse nuevamente, en esta oportunidad el Fiscal dictaminó que, al contratar el síndico abogados en el Uruguay, había celebrado un contrato internacional de locación de servicios cuyo lugar de ejecución era el Uruguay, como surge del artículo 38 inciso b del Tratado de Derecho Civil de Montevideo.²⁶⁹ Con respecto a la jurisdicción internacional, entendió que le corresponde al juez del lugar donde la cuestión de fondo es planteada, esto es al juez uruguayo.²⁷⁰

A pesar del dictamen, en agosto de 1.993 el juez de primera instancia de Maldonado decidió denegar el derecho de los abogados uruguayos a obtener la regulación de sus honorarios, ya que éste carece de competencia internacional en la materia, correspondiendo ella al juez argentino. Sus argumentos fueron:

- No había un procedimiento de quiebra abierto a Mefima en el Uruguay.
- Las disposiciones del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1.940 no debían ser aplicables, ya que eran desplazadas por las disposiciones del Tratado de Derecho Comercial de 1.940 en materia de quiebras.
- Dicho tratado establece un criterio dual: 1) quiebra única con una pluralidad de patrimonios, y 2) quiebra plural con transferencia del sobrante.
- En el presente caso, existió sólo una quiebra, la argentina, en la cual los abogados uruguayos carecen de la categoría de acreedores en los

²⁶⁹ Artículo 38: "En consecuencia, los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas, se rigen por la ley del lugar en donde ellas existían al tiempo de su celebración. ... Los que versen sobre prestación de servicios: b) Si su eficacia se relaciona con algún lugar en especial, por la del lugar en donde hayan de producir sus efectos. ..."

términos de los artículos 40 y siguientes del Tratado de Montevideo de 1.940, adquiriendo dicho carácter después de la regulación de honorarios.

- Después de dicha regulación tampoco adquirirían la calidad de acreedores habilitados para peticionar una segunda quiebra en el Uruguay, de acuerdo a la exigencia de la ley uruguaya.
- Los únicos acreedores que pueden evadir la quiebra única son los acreedores hipotecarios y prendarios (artículo 50 del Tratado de Montevideo).
- La cooperación prestada por el juez uruguayo es sólo un procedimiento vinculado con el procedimiento de la quiebra argentina. Su actividad debe limitarse a ordenar específicamente el cumplimiento en el territorio uruguayo, de las medidas peticionadas por el juez argentino.
- La regulación de honorarios peticionada por los abogados uruguayos decididamente habría de tener impactos patrimoniales en los bienes de la quiebra, por lo cual es indiscutible la jurisdicción del juez argentino.
- Es un principio del Derecho Internacional Privado que el juez que tiene competencia en la cuestión de fondo, tiene también competencia para resolver las cuestiones incidentales. (Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1.979, artículo 8).

En agosto de 1.994 la Cámara confirmó el fallo del juez de primera instancia en los siguientes términos:

- El juez argentino tiene competencia exclusiva y excluyente y, siendo que la determinación de los honorarios es una cuestión incidental al procedimiento de la quiebra, el principio de unidad de jurisdicción y el carácter de los abogados como auxiliares de Justicia, le corresponde al juez argentino regular tales honorarios.
- El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1.940 no

²⁷⁰ Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1.940. Artículo 56: "Las acciones personales deben establecerse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia

resulta aplicable al caso en la medida que: a) es desplazado por el Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1.940 relativo a la quiebra internacional en cuyo contexto se halla este procedimiento; b) los servicios de los abogados habían sido prestados en calidad de auxiliares de la Justicia argentina que los designó y no en calidad de servicios personales.

- Resulta de una lógica aplicación de los principios de unidad de la quiebra y de la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez de la quiebra que la regulación fuera efectuada por el juez argentino.

C) Medidas Cautelares: Con respecto a las medidas cautelares que pueden ser ordenadas por un juez sin competencia internacional sobre el fondo de la cuestión, una sentencia del juez de primera instancia de Maldonado en octubre de 1.994, determinó su alcance en el marco del derecho internacional privado uruguayo:

- Las reglas en materia de medidas cautelares se hallan establecidas en la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares de 1.979. Se basan en el principio de la jurisdicción más próxima y otorgan un firme apoyo al principio de igualdad de las partes en el procedimiento y disminuyendo los riesgos pertinentes al demorado trámite de los exhortos internacionales. Resulta pertinente establecer la adecuación de las medidas cautelares en el contexto de la cooperación judicial internacional, ya que éstas se otorgan con el fin de asegurar los derechos de las partes litigantes. Asegurado que sea el objeto de la medida cautelar, ésta debe ser cancelada, si el objetivo de la medida cautelar ha sido específico y se han impuesto plazos y no se han cumplido en el tiempo debido, también debe ser cancelada.

- En el caso, el juez uruguayo había tomado conocimiento para dictar la medida cautelar debido a la urgencia de la situación aun cuando había reconocido su falta de jurisdicción para intervenir en la cuestión de fondo, y había fijado un plazo de 30 días para el inicio de la acción de fondo ante el juez argentino.

- El juez uruguayo también hace referencia al fallo de la Corte Suprema de Uruguay en el cual se resolvió que él carecía en el caso de jurisdicción para dictar medidas cautelares en el contexto de una quiebra extranjera. Así reconoció que el juez argentino tendría la última palabra en materia de medidas cautelares, pero también, que no había recibido ningún exhorto del juez argentino que le hiciera saber de alguna medida al respecto.
- El juez uruguayo consideró que como el juez argentino había tomado conocimiento de la medida cautelar trabada provisionalmente, y no había ordenado su subsistencia, ella debía ser cancelada.
- Los intereses de las partes se hallaban adecuadamente protegidos, en la medida en que podían petitionar al juez argentino cualquier medida precautoria que les fuera necesaria.

Observamos en la presente causa una consideración ajustada de las normas de derecho internacional privado en juego y vigentes entre los Estados vinculados, como así también de las normas de fuente interna.

No obstante las pretensiones de los abogados y administradores de la masa de bienes de sustraer cuestiones referidas a sus designaciones, remociones y regulación de honorarios del conocimiento del juez concursal, las mismas fueron con justeza encausadas en el marco del proceso único de quiebra internacional que regula el Tratado de Derecho Comercial de Montevideo de 1.940.

Rehabilitación del Fallido:

El Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1.940 no se pronuncia respecto al tema del momento en que procede la rehabilitación del fallido ni quien es el juez competente para pronunciarlo.

Esta omisión sin embargo puede ser salvada con la aplicación analógica del Tratado de 1.889 que sí regula la cuestión de manera expresa en el artículo 47. En virtud de habernos referido ya al tema al analizar dicho tratado nos remitimos a los comentarios oportunamente vertidos.

Responsabilidad civil del fallido:

El artículo 52 dispone: *“En caso de pluralidad de quiebras, el juez o tribunal en cuya jurisdicción esté domiciliado el fallido será competente para dictar las medidas de carácter civil que le conciernen personalmente.”*

Vemos que en su última versión los Tratados de Montevideo cambian el criterio seguido anteriormente ya que disponían la competencia del juez de la residencia del deudor para decretar este tipo de medidas.

Esta aparentemente sutil variación entre residencia y domicilio para la adopción del juez competente, aún cuando se mantiene por la adopción de un punto de conexión de criterio o régimen personal, podría ser significativa, por la ya aludida cuestión de las calificaciones, si no se definen dichos conceptos de manera autárquica por los Tratados y su precisión queda sometida a la *lex fori* o la *lex causae*.

Hasta aquí hemos analizado la regulación dada por el Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1.940. Seguidamente completaremos este análisis con las normas pertinentes del Tratado de Derecho Procesal de Montevideo de 1.940.

II.c) 2) Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940:

Tal como surge de la lectura del Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1.940, sus normas no regulan el régimen internacional en materia de concursos civiles, en virtud de que los Plenipotenciarios reunidos en el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado (1.939 - 1.940) resolvieron incluir este tema en el Tratado de Derecho Procesal Internacional, dedicándole en su título IV, los artículos 16 a 25 inclusive.

Sostiene al respecto Juan Carlos Smith²⁷¹ que esta ubicación se debe al tratamiento preferentemente procesalista que se venía confiriendo al tema en la mayoría de los países participantes en el Congreso.

Conforme el autor antes citado, los concursos civiles no se encontraban regulados específicamente en los Tratados de Montevideo de 1.889, careciendo de relevancia las menciones efectuadas en los artículos. 39 y 44 por ser extrasistemáticas y poseer un mero sentido indicativo antes que regulatorio.

Los Tratados de Montevideo de 1.940, vienen a llenar así un vacío o laguna legal que hasta entonces era salvada jurisprudencialmente por vía de aplicación analógica de las disposiciones referentes a las falencias mercantiles, a los casos prácticos que se suscitaban en los países signatarios del Tratado de 1.889.

Como es lógico de esperar sus disposiciones no difieren sustancialmente de la regulación de la quiebra mercantil, existiendo solamente distinciones propias de la diferente naturaleza de un proceso y otro. Asimismo, y de conformidad con lo establecido en el artículo 25, sus disposiciones son aplicables a las liquidaciones judiciales, concordatos preventivos suspensión de pagos y otras instituciones análogas.

El tratado recepta el principio de la extraterritorialidad tanto con la tramitación de un juicio único, como con pluralidad de concursos.

La tramitación de un juicio único procede:

- Cuando el deudor tiene su domicilio y todos los bienes que conforman su patrimonio en uno de los Estados signatarios del Tratado, aunque hubiere contraído obligaciones cuyo lugar de cancelación se hubiere fijado en otro Estado signatario.

- Cuando, a pesar de poseer el deudor concursado bienes en distintos territorios, sus acreedores no ejercen el derecho de opción que les confiere el artículo 20.

²⁷¹ SMITH, Juan Carlos: "Los Concursos civiles en el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1.940". T 90 pags. 923 a 929.

En ambos casos es juez competente para la tramitación del concurso civil el juez del domicilio del deudor. Así está previsto en el artículo 16.

La posibilidad de tramitación de juicios plurales se halla contemplada en el artículo 17 y está dada por el hecho de poseer el deudor concursado bienes en territorios distintos de aquel en el cual tiene su domicilio.

A diferencia de lo que ocurre en la esfera comercial, la actuación internacional sucesiva o simultánea de una persona física o jurídica no comerciante, no proporciona un criterio adecuado para resolver la cuestión relativa a la jurisdicción que debe prevenir.

La noción de domicilios o establecimientos independientes es ajena a la posibilidad de actuación civil internacional aún cuando la persona -física o jurídica- concursada civilmente, realice actividades o explotaciones económicas no comerciales en forma permanente y organizada en otros Estados, con o sin la radicación de establecimientos.

La doctrina sostiene que corresponde prevenir al juez del domicilio, es decir que el concurso civil debe ser originariamente abierto y declarado por los jueces y según las leyes del Estado del domicilio del deudor.

Por otra parte, la apertura de los distintos concursos es una posibilidad sólo concedida a los acreedores, careciendo de esta facultad el deudor quien solo puede pedir su propio concurso ante los jueces de su domicilio.

El tratado no contempla la situación de los bienes situados en el territorio de un Estado donde no se promueva concurso civil. Corresponderá en tales casos la aplicación analógica del artículo 51 del tratado de derecho comercial terrestre de 1.940 que resuelve la cuestión en el sentido que dichos bienes deben concurrir a formar parte del activa de la quiebra que tramita en el domicilio del deudor, por ser, como ya se dijo, el que debe prevenir.

Con referencia a las medidas preventivas de seguridad y conservación a hacerse efectivas sobre los bienes situados en otros países, la autoridad de los síndicos y representantes legales del concurso, el destino

de los sobrantes o remanentes de los distintos concursos, y la publicidad que deba efectuarse en otros territorios, el Tratado de Derecho Procesal Internacional contiene con respecto al concurso civil, disposiciones similares a las adoptadas para la quiebra mercantil por el Tratado de Derecho Comercial Terrestre, cuyas soluciones ya fueron comentadas oportunamente.

Seguidamente efectuamos un cuadro comparativo de las características y principales soluciones articuladas en los Tratados de Montevideo a los fines que pueda advertirse en forma más simple las similitudes y diferencias señaladas.

LOS TRATADOS DE MONTEVIDEO

	Tratado de Derecho Comercial de 1889	Tratado de Derecho Comercial Terrestre de 1940	Tratado de Derecho Procesal de 1940
Ámbito Espacial de Aplicación	Argentina Bolivia Colombia Perú	Argentina Paraguay Uruguay	Argentina Paraguay Uruguay
Ámbito Material de Aplicación	quiebras comerciales	- quiebras comerciales (art. 53) - liquidaciones judiciales (art. 53) - concordatos preventivos (art. 53) - suspensión de pagos (art. 53)	- concursos civiles (art. 16) - liquidaciones judiciales (art. 25) - concordatos preventivos (art. 25) - suspensión de pagos (art. 25)
Sistema adoptado	extraterritorialidad del auto declarativo de quiebra: - juicio único (art. 35) - masa única	extraterritorialidad del auto declarativo de quiebra: - juicio único (art. 40) - masa única	extraterritorialidad del auto declarativo de quiebra: - juicio único (art. 16) - masa única

	- juicio plurales: accesorios y derivados (art.36)	- pluralidad de masas (art.48) - juicios plurales: simultáneos y derivados (art.47)	- pluralidad de masas (art.20 in fine) - juicios plurales: independientes (art.17)
Juez competente	- Juicio único: Juez del domicilio comercial del fallido (art. 35) Juicios plurales: Juez del territorio donde tenga una casa comercial independiente (art. 36)	- Juicio único: Juez del domicilio del comerciante (art. 40) - Juicios plurales: Juez del territorio donde tenga una casa comercial independiente (art. 41)	- Juicio único: Juez del domicilio del deudor (art. 16) Juicios plurales: Juez del territorio donde el deudor tenga bienes (art. 17)
Características	- disponibilidad de los remanentes (art. 41) - califica acreedores locales (art. 40) - Preferencias nacionales	- disponibilidad de los remanentes (art. 47) - califica acreedores locales (art. 46) - Establece el régimen de preferencias nacionales (art. 48)	- disponibilidad de los remanentes (art. 21) - No califica acreedores locales - Establece el régimen de preferencias nacionales (art. 20)
Bienes excluidos	Bienes hipotecados o prendados con anterioridad a la declaración de quiebra (art. 43)	Bienes hipotecados o prendados con anterioridad a la fecha de cesación de pagos (art. 50)	No contiene disposición específica
Medidas	Precautorias: se hacen efectivas también sobre los bienes que el fallido tenga en otros Estados (art. 37)	-comprenden: preventivas, de seguridad y de conservación. - Se hacen efectivas también sobre los bienes que el fallido tenga en otros Estados (art. 43)	- comprenden: preventivas, de seguridad y de conservación. - Se hacen efectivas también sobre los bienes que el fallido tenga en otros Estados.

	Personales: De carácter civil, son dictadas por el juez del domicilio del proceso universal (art. 46)	Personales: Juez del domicilio (art. 52)	Personales: Serán decretadas por el juez del domicilio y con arreglo a la ley del mismo (art. 24)
Síndico	Deberá ser reconocido en todos los Estados parte. (art. 45)	Deberá ser reconocido en todos los Estados parte. (art. 49)	Deberá ser reconocido en todos los Estados parte. (art. 23)
Publicidad		<ul style="list-style-type: none"> - Criterio personal: - en todos los Estados en donde el fallido tenga: <ul style="list-style-type: none"> - establecimientos, - agencias, o - sucursales. (art. 42) - Criterio territorial: - en todos los Estados donde el fallido tenga bienes (art. 44) 	Criterio territorial: - en todos los Estados donde el deudor tenga bienes
Rehabilitación	Debe pronunciarse en todos los concursos que se le sigan al fallido (art. 47)		La rehabilitación y sus efectos se rigen por las normas del juez del domicilio (art. 24)

Título III

La situación de Brasil, Venezuela y los países asociados Chile y Bolivia.

III.- a) El Código Bustamante:

En la Sexta Conferencia Panamericana desarrollada en La Habana, Cuba, en 1.928, se sancionó el Código de Sánchez de Bustamante y Sirvén. Tan importante obra codificadora a nivel continental que consta de 437 artículos, se encuentra vigente en numerosos países: Cuba, Costa Rica, Panamá, República Dominicana, Perú, Guatemala, Haití, Nicaragua, Honduras, El Salvador, Bolivia, Venezuela, Ecuador, Chile y Brasil.²⁷² Éste último ha efectuado numerosas reservas que a su respecto lo han convertido en impracticable.²⁷³

No fue ratificado por la Argentina, Uruguay, Paraguay, Colombia, México, Canadá y Estados Unidos.

Como vemos, en todos los Países Miembros del MERCOSUR, y los Países Asociados, su vigencia no es uniforme, y en la medida que los países Asociados del área integrada (Chile y Bolivia) se vinculen con Brasil o con Venezuela habrá que desplazar el régimen Convencional aplicable a dichas relaciones hacia las normativas del Código Bustamante, descartando los Tratados de Montevideo antes analizados.

Su estudio es importante por idénticas consideraciones que lo hicimos con los Tratados de Montevideo.

El Código Bustamante dedica al tema de las quiebras internacionales los artículos 414 a 422, regulando tanto las quiebras comerciales como las civiles. Se trata la cuestión bajo el título “De la Quiebra o Concurso” que se encuentra dividido en tres capítulos, el primero “De la Unidad de la Quiebra o

²⁷² Brasil promulgó el Código Bustamante mediante Decreto 18.871 del 13 de agosto de 1.929.

²⁷³ Conf. “El Derecho Internacional Privado y los Procesos de Integración Regional” Sara L. FELDSTEIN de CÁRDENAS –Texto de la Conferencia dictada en el Seminario sobre Negocios

Concurso”, el capítulo II “Universalidad de la Quiebra o Concurso y sus efectos”, y el capítulo III denominado “Del Convenio y la Rehabilitación”.

III.- b) Sistema de Universalidad: La Extraterritorialidad

El sistema adoptado por el Código Bustamante es el de la universalidad de la quiebra internacional, ello se encuentra denotado desde la misma denominación dada a los capítulos respectivos y se plasma en su articulado que no refiere de manera alguna al sistema territorial.

A diferencia de los Tratados de Montevideo que aceptaron solamente la extraterritorialidad de la sentencia declarativa de quiebra, en el Convenio en estudio pueden darse las formas más amplias de reconocimiento y aceptación de la condición de fallido y su situación de insolvencia, tales como el reconocimiento de un acuerdo de quita y espera, celebrado entre acreedores y el deudor, un concordato, etc.; siendo causal de apertura de un nuevo juicio de quiebra a petición de los acreedores, titulares de créditos locales, siempre y cuando tales créditos lo fuesen respecto de un establecimiento o filial independiente.

III.- c) Universalidad con ¿Juicio único o Juicios Plurales?:

Suele decirse que el Código Bustamante adopta un temperamento ecléctico, ya que si bien acepta la universalidad de la quiebra en todas partes, se aparta de la unidad del procedimiento en los casos en que el fallido tuviera varios establecimientos mercantiles enteramente separados económicamente.

Sin embargo, ya hemos visto que la característica relevante, sobresaliente del sistema universal no es el juicio único, sino la extraterritorialidad de la situación falencial (concurso o quiebra), y que entonces, un sistema legislativo puede válidamente adoptar y regular el

régimen de la universalidad de la insolvencia, a través de el juicio único o la pluralidad de procesos.

El artículo 414 establece *“Si el deudor concordatario concursado o quebrado no tiene más que un domicilio civil o mercantil, no puede haber más que 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”*.

El Código Bustamante parte de la consideración de la existencia de un único domicilio (civil o mercantil) para establecer en ese territorio el fuero de atracción del proceso falencial ya sea que se trate:

- de un proceso preventivo (concurso)
- de un proceso liquidativo (quiebra)
- de un acuerdo de quita y espera (concordato)

La excepción al fuero de atracción lo constituyen con respecto a la ley aplicable y a la jurisdicción competente, una vez más, la existencia de derecho reales. Así se dispone:

Artículo 420: *“Las acciones reales y los derechos de la misma índole continuarán sujetos no obstante la declaración de quiebra o concurso, a la ley de la situación de las cosas a que afecten y a la competencia de los jueces del lugar en que éstas se encuentren.”*

Sin embargo, cuando existe diversidad de domicilios y falta entre ellos una dependencia o solidaridad económica, señala una regla distinta según la cual si una misma persona o sociedad tuviere en más de un Estado contratante varios establecimientos enteramente independientes, separados económicamente, puede haber tantos juicios de quiebra como establecimientos mercantiles.

Como es de esperarse, esta última solución no alcanza a los concursos civiles, en los que no puede darse el caso de desdoblamiento económico de la personalidad.

Por su parte, el Código de Bustamante en el artículo 416 concreta que la declaratoria de la incapacidad del quebrado tendrá efectos

extraterritoriales en los Estados contratantes mediante el cumplimiento previo de las formalidades de registro o publicación que exija la legislación de cada uno de ellos. El artículo 417, por su parte, señala la ejecutabilidad de las resoluciones de declaración de la quiebra de acuerdo con las disposiciones del Código, aunque se dice que producirá desde que quede firme y para las personas respecto de las cuales lo estuviere, los efectos de la cosa juzgada.

Para concluir, el capítulo dedicado al acuerdo concordatario y rehabilitación del fallido consta de tan solo dos artículos, y en lo esencial, como era de suponer, recoge el principio de la extraterritorialidad de sus efectos.

Artículo 421: *“El convenio entre los acreedores y el quebrado o concursado, tendrá efectos extraterritoriales en los demás Estados contratantes, salvo el derecho de los acreedores por acción real que no lo hubiesen aceptado”.*

Artículo 422: *“La rehabilitación del quebrado tiene también eficacia extraterritorial en los demás Estados contratantes, desde que quede firme la resolución judicial en que se disponga, y conforme a sus términos”.*

A continuación presentamos un cuadro comparativo de las principales características de la regulación de la insolvencia dada por el Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1.940 y por el Código de Sánchez de Bustamante y Sirven, a los fines de patentizar las similitudes y diferencias existentes en las normas de fuente convencional vigente en los Estado Parte y Asociados del MERCOSUR.

	Código de Sánchez de Bustamante y Sirven	Tratado de Derecho Comercial Terrestre de 1940
Ámbito Espacial de Aplicación	Cuba, Costa Rica, Panamá, República Dominicana, Perú, Guatemala, Haití, Nicaragua,	Argentina Paraguay Uruguay

	Honduras, El Salvador, Bolivia, Venezuela, Ecuador, Chile y Brasil	
Ámbito Material de Aplicación	<ul style="list-style-type: none"> - Concursos y quiebras internacionales. - Comerciales y civiles 	<ul style="list-style-type: none"> - Quiebras comerciales - Liquidaciones judiciales - Concordatos preventivos - Suspensión de pagos
Sistema adoptado	<ul style="list-style-type: none"> - Extraterritorialidad de toda manifestación del estado de insolvencia: - Juicio único - Juicios plurales (solo insolvencia comercial) 	<ul style="list-style-type: none"> - Extraterritorialidad del auto declarativo de quiebra: - Juicio único (art. 40) <ul style="list-style-type: none"> - masa única - pluralidad de masas (art.48) - Juicios plurales: simultáneos y derivados (art.47)
Juez competente	<p>Juicio único: art. 414</p> <ul style="list-style-type: none"> - civil - comercial <p>Juicios plurales: Juez del territorio donde tenga una casa comercial independiente</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Juicio único: Juez del domicilio del comerciante (art. 40) - Juicios plurales: Juez del territorio donde tenga una casa comercial independiente (art. 41)
Características	<p>Acreedores, titulares de créditos locales, habilitan la apertura de un nuevo juicio, cuando tales créditos lo fuesen respecto de un establecimiento o filial independiente</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Disponibilidad de los remanentes (art. 47) - Califica acreedores locales (art. 46) - Establece el régimen de preferencias nacionales (art. 48)
Bienes excluidos	<p>Acciones y derechos reales (art. 420). Juez competente y ley aplicable: Lugar de situación</p>	<p>Bienes hipotecados o prendados con anterioridad a la fecha de cesación de pagos (art. 50)</p>

Medidas	Efectos extraterritoriales de la declaración de inhabilitación (art. 416)	<ul style="list-style-type: none"> - Comprenden: preventivas, de seguridad y de conservación. - Se hacen efectivas también sobre los bienes que el fallido tenga en otros Estados (art. 37) - Personales: Juez del domicilio (art. 52).
Síndico		Deberá ser reconocido en todos los Estados parte. (art. 49)
Publicidad		<ul style="list-style-type: none"> - Criterio personal: - en todos los Estados en donde el fallido tenga: <ul style="list-style-type: none"> - Establecimientos, - Agencias, o - Sucursales. (art. 42) - Criterio territorial: - en todos los Estados donde el fallido tenga bienes (art. 44)
Rehabilitación	La rehabilitación tiene eficacia extraterritorial en los demás Estados contratantes, desde que quede firme la resolución judicial en que se disponga (art. 422).	

Colofón: Algunas conclusiones en el ámbito internacional y regional.

Ámbito internacional:

Como ya expresáramos, hoy en día no podemos afirmar que los efectos de la actuación de un operador comercial se reduzca, se desarrolle exclusivamente dentro de los límites de un Estado o que tal actividad no se vea influida en algún aspecto por cuestiones que acaecen en el espectro internacional. Por lo tanto toda norma que pretenda regular las quiebras internacionales no puede ser encarada con la sola óptica de la situación nacional, y deberá intentar frenar los efectos negativos o desfavorables que pueden provocar la lógica y esperada diferencia en la elección de criterios disímiles de los diferentes ordenamientos legales aplicables a la quiebra internacional.

Hasta tanto la legislación regional en materia de concursos y quiebras se concrete, el legislador nacional debe tener en cuenta que la Argentina ya forma parte de un área integrada y debe considerarse las posibles consecuencias del libre tránsito de mercaderías, personas, servicios y capitales.

Indefectiblemente la regulación interna en los casos de insolvencia internacional debe mantener el reconocimiento extraterritorial del auto declarativo de quiebra, pero con efectos limitados a fin de garantizar a los acreedores locales, en virtud a la diversidad de soluciones que en el ámbito internacional el tema posee.

Ámbito regional

Retomando el planteo del interrogante de si es conveniente o necesario emprender la armonización del régimen de la insolvencia en el área regional, piénsese, a pesar de la similitud o coincidencia en la adopción de los principios rectores por parte de las normas convencionales, en la complejidad de la tramitación de un proceso de insolvencia que relacione a los distintos Estados que son parte simultáneamente de distintos tratados

internacionales. A modo de ejemplo planteamos la hipótesis de una empresa que posee casa matriz y casas dependientes e independientes en Estados Miembros y países Asociados del MERCOSUR, siendo que Bolivia se encuentra relacionado con la República Argentina, con Uruguay y con Paraguay a través del Tratado de Montevideo de 1.889, éstos tres últimos países, se encuentran relacionados entre sí, a través del Tratado de Montevideo de 1.940, y por su parte Brasil, Bolivia, Chile y Venezuela son parte del Código de Sánchez de Bustamante y Sirvén.

En virtud de que las aspiraciones fueron acercar algunos elementos que nos permitan a los países que conformamos el Mercado Común del Sur, avanzar en el campo de la armonización legislativa emprendida en dicho espacio integrado, es que me permito en esta oportunidad efectuar algunas sugerencias en virtud de las conclusiones arribadas luego de haber analizado la normativa internacional existente en América en materia de quiebras internacionales y especialmente aquellas que se han venido desarrollando con objetivos integracionistas o regionales.

A pesar de la referida diversidad de textos convencionales vigentes entre los Estados Miembros del MERCOSUR y los Países Asociados, advertimos en dichas normativas la adopción de criterios similares, la adopción de principios tales como, la extraterritorialidad de los efectos de la declaración de quiebra, la competencia jurisdiccional de los tribunales del domicilio del deudor, el reconocimiento de la actuación del síndico en todos los Estados Parte en dichos instrumentos, el efecto extraterritorial de la inhabilidad del deudor fallido, entre otros. Estas similitudes son las que nos permiten ser optimistas en el logro de un instrumento regional base, regulador de la insolvencia en el área.

Hemos visto que tanto los dos Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado desarrollados en 1.888/1.889 y 1.939/1.940; como así también en la Sexta Conferencia Panamericana de 1.928, se adopta en materia de quiebras internacionales el sistema de la extraterritorialidad, determinado por el reconocimiento del auto declarativo de la quiebra, fuera

de las fronteras del Estado, en contraposición al sistema territorialista.

Como ya se ha resaltado, la posibilidad reconocida en dichos documentos, de tramitar juicios plurales, no debe ser confundida con el reconocimiento del sistema territorialista, ya que en nuestro caso los juicios son procesos accesorios, derivados y simultáneos, y no debe prestarse a confusión la terminología utilizada por los Tratados de Montevideo al referirse a procesos independientes.

Es loable que se eche mano al recurso de las calificaciones autárquicas -tales como domicilio, acreedores locales- como han efectuado los instrumentos en estudio, en virtud de que esta metodología permite aclarar, precisar términos, institutos o categorías jurídicas contribuyendo así a la interpretación y aplicación uniforme y unívoca del derecho regional.

Los créditos con garantías reales -prendas, hipotecas- anteriores a la fecha de cesación de pagos, deben ser excluidos de la masa concursal y tramitarse su cobro en forma individual, pero los acreedores, deberán igualmente concurrir a verificar sus créditos en la quiebra o concurso ya que es la única forma en la que podrá determinarse de manera idónea si el crédito prendario o hipotecario es anterior a la fecha del estado de cesación de pagos. Por otra parte permitirá al síndico el conocimiento real del patrimonio del fallido y, de existir, permitirá la recuperación de los remanentes.

Un tema que suscita una particular controversia es el referido a si se deben mantener o no, las preferencias nacionales. Hemos visto que destacada doctrina tanto nacional como extranjera, se enrolan con igual fuerza tanto en una como en otra postura.

El levantamiento de dichas preferencia, y la consideración del patrimonio como garantía o prenda común de los acreedores, en atención sólo al grado de privilegio legal reconocido al crédito; pero no sobre una porción específica de bienes del fallido, podría presentar sus objeciones en el ámbito internacional, si igual criterio no es seguido por las demás naciones, ya que podría colocar en un estado de desigualdad o inferioridad a

los acreedores locales.

Sin embargo considero, que en virtud que esta propuesta se encuentra dirigida a la armonización regional, en consideración a las particularidades propias de las áreas integradas (libre tránsito de personas, bienes, servicios y capitales, garantía de igualdad de oportunidades y condición de las inversiones, etc.), no podría sostenerse legítimamente las preferencias sobre los créditos nacionales ya que serían una forma de creación de desigualdades y privilegios cuando el propio Tratado de Asunción prohíbe hacerlo.

Asimismo, por idénticas consideraciones que las antes efectuadas, correspondería unificar, a través de la utilización de normas directas; el orden de concurrencia de los créditos, laborales, quirografarios, etc., a fin de que la aplicación del sistema de universalidad con juicios plurales no conduzca a soluciones desarmónicas e injustas.

Propuesta :

- Tanto en el ámbito internacional como en el regional, debe asumirse como superada la tesis territorialista y garantizar el respeto del carácter universal de los concursos, declarados en el Estado donde radica el domicilio o la sede social del deudor. Los Estados no pueden seguir amparándose en el vetusto sistema de la territorialidad, por resultar totalmente incompatible con los objetivos del área integrada, por cuanto en el MERCOSUR deberá adoptarse el sistema de la extraterritorialidad y de la universalidad.-
- Para ello deberán considerarse especialmente los antecedentes convencionales vigentes entre los países miembros, ya que, a pesar de su antigüedad, receptan principios fundamentales de la insolvencia internacional tales como: el reconocimiento extraterritorial del auto declarativo de la insolvencia, el reconocimiento extraterritorial de las facultades del síndico, la obligatoriedad de remisión de los remanentes, la inhabilitación internacional del deudor fallido, entre otros.

- Que en este camino, debe analizarse la conveniencia de propiciar el trámite de quiebras plurales, o secundarias, plenamente compatibles con el sistema de la universalidad y la extraterritorialidad de la quiebra.
- En el ámbito regional no pueden subsistir sistemas que privilegien o protejan a los acreedores nacionales, en razón a que dichas disposiciones resultaría violatorias o contradictorias con la igualdad de trato que debe imperar en el área. Ello podrá implementarse a nivel convencional por la supresión de normas que consagren principios de preferencias nacionales; o bien, como consideramos más adecuado, mediante una reelaboración del concepto de acreedor local, entendiéndose por tal a aquel cuyo crédito sea pagadero en cualquier Estado Miembro del área, y reservar el concepto de acreedor extranjero para el acreedor extra-zona. Es decir que dicha cuestión puede quedar zanjada con la técnica legislativa de la calificación autárquica de “acreedor regional”.
- Resulta, asimismo necesario el reconocimiento de las facultades del síndico y la regulación específica de sus funciones dentro de la región a los fines de dar agilidad y facilitar la tramitación tanto en el supuesto de un juicio único como ante la tramitación de juicios plurales.

CAPÍTULO IV

SISTEMA de DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO en MATERIA de INSOLVENCIA INTERNACIONAL de FUENTE CONVENCIONAL

Introducción: Mecanismo apropiado de armonización: ¿Convención – Ley Modelo o Reglamento?

Título I: La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Insolvencia Transfronteriza – Finalidad y objetivos de la Ley Modelo.

- a) Capítulo I: Disposiciones Generales – Calificaciones - Ámbito de aplicación material - Sistema adoptado: procedimientos principales y no principales – Tribunal o autoridad competente - Otras disposiciones generales.
- b) Capítulo II: Reglas que rigen el acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del Estado donde tramita el proceso concursal.
- c) Capítulo III: Reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia y de las medidas otorgables en el país adoptante.
- d) Capítulo IV.- Cooperación entre tribunales y representantes locales y extranjeros.
- e) Capítulo V: Procedimientos paralelos y reglas finales.

Título II: Reglamento 1346/2000 del Consejo Europeo sobre procedimientos de insolvencia:

- a) Introducción.
- b) Ámbito de aplicación territorial.
- c) Ámbito de aplicación temporal.
- d) Ámbito de aplicación material.
- e) Calificaciones.
- f) Procedimiento principal y secundarios.

- g) Competencia judicial internacional.
- h) Coordinación entre procedimiento principal y procedimientos accesorios.
- i) Jurisprudencia - La ley aplicable - El reconocimiento automático de los concursos “comunitarios”.

Título III: a) Otros trabajos sobre insolvencia a nivel mundial: Unión Europea – Banco Asiático de Desarrollo - Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo -Internacional Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals - Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial) – Asociación Internacional de Abogados - Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos - American Bar Association - American Law Institute - Internacional Insolvency Institute.

b) La comunicación entre tribunales en la multiplicidad de procedimientos de insolvencia - Pautas Aplicables a las Comunicaciones de Tribunal -a- Tribunal en Casos Transfronterizos.

Colofón.

Sistema de Derecho Internacional Privado en Materia de Insolvencia **Internacional de Fuente Convencional**

Introducción: Mecanismo apropiado de armonización: ¿Convención – Ley Modelo o Reglamento?

La importancia de lograr una regulación armónica en materia de insolvencia transfronteriza, y su relación con el desarrollo del comercio y las inversiones internacionales se pone de manifiesto en los esfuerzos que en el ámbito internacional se han realizado con dicho objetivo.

Corresponde destacar en este sentido la labor desarrollada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI según sus siglas en francés o por sus siglas en inglés UNCITRAL, que en el presente trabajo se utilizarán indistintamente), que a pesar de venir trabajando particularmente en materia de obligaciones y contratos, en el Congreso celebrado en Nueva York en 1.992, se planteó la necesidad de tratar el tema de la insolvencia internacional o transfronteriza, lo que se plasmó en una Ley Modelo de fecha 30 de mayo de 1.997.

Según se puso de manifiesto en el Preámbulo de la Ley Modelo, ésta tiene por finalidad establecer mecanismos eficaces para la resolución de casos de insolvencia transfronteriza, a fin de promover una serie de objetivos:

- la cooperación entre tribunales, y autoridades competentes de distintos Estados;
- promover una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones;
- una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas que proteja los intereses de todas las partes interesadas, tanto de los acreedores como del deudor;
- la protección de los bienes del deudor y la optimización de su valor y facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo.

Ante el interrogante de cuál era el instrumento más apropiado para lograr la referida armonización, UNCITRAL parece haber optado para abordar estos temas, por una ley modelo y no por un proyecto de convención internacional por la mayor flexibilidad de la primera frente a las dificultades de la segunda. No obstante corresponde recordar que la Ley Modelo supone una opción por un marco orientador meramente referencial que contiene recomendaciones, que pueden o no ser tomadas en cuenta por los Estados, lo que reduce su eficacia unificadora o armonizadora.²⁷⁴

Por su carácter de ley modelo, estamos en presencia de un arquetipo de texto legal preparado para que los legisladores nacionales que pretendan la actualización de sus normas sobre insolvencia internacional, consideren la conveniencia de incorporarlo al derecho interno de su país.

Es así que, por no ser un documento llamado a regir como fuente convencional, este texto presenta los mismos rasgos que cualquier otro texto legal destinado a ser promulgado por un parlamento (fuente interna) y por ende, no se ratifica o adhiere a él como es el caso de un tratado o convención internacional, ni se pueden utilizar expresiones tales como “Estado signatario”, “ratificante”, “parte”, “miembro”, etc. En todo caso podríamos aludir al término de Estado adoptante (de la ley modelo).

Otra distinción importante entre este instrumento y una convención internacional radica en que en este último caso por su propia naturaleza existe reciprocidad entre los Estados ratificantes o adherentes, en cambio, la Ley Modelo no exige esta condición. Sin embargo todo Estado que la adopte podrá agregar una disposición especial en la que establezca que la ley sólo será aplicable en caso de reciprocidad de parte del Estado requirente.

La Ley Modelo respeta las diferencias entre las reglas materiales nacionales sobre insolvencia pues no intenta unificar estas normas, sino que ofrece una serie de soluciones importantes pero limitadas a ciertos aspectos procedimentales de la insolvencia internacional, para ser adoptadas por los

²⁷⁴ PULGAR EZQUERRA, Juana: “La quiebra transfronteriza y el nuevo reglamento europeo”. Fuente Errepar. www.legalmania.com

Estados como parte integrante de sus respectivas legislaciones nacionales en vigor. Es por esta razón que podemos decir que otra particularidad de este tipo de instrumentos está dada porque además, cada Estado puede modificar o suprimir ciertas disposiciones a fin de adaptar su texto a los sistemas procesales y judiciales nacionales. Como es lógico suponer, cuanto mayor sea la cantidad de modificaciones que se introduzcan al texto por parte de los distintos Estados adoptantes, mayores diferencias existirán a la postre entre ellos, por cuanto la propia Comisión recomienda a los Estados adoptantes realizar la menor cantidad de cambios posibles a fin de alcanzar la armonización deseada.

A favor de la redacción de una Ley Modelo y no de una Convención, Espulgues Mota ha sostenido que “la Comisión consideró desde el principio a la Ley Modelo como la fórmula o mecanismo ideal para articular una regulación uniforme en materia concursal (...). La opción a favor de una Ley Modelo (...) constituye una solución de compromiso en la que subyacen tanto la percepción de las dificultades que acompañan a la elaboración de un texto convencional sustantivo y a la adopción del mismo por parte de los distintos Estados (...) constituyen meros modelos de referencia - recomendaciones- susceptibles de ser tomados en cuenta o no, por los distintos Estados a la hora de reformar sus sistemas nacionales, sin estar obligado a dar aviso de ello a las Naciones Unidas o a otros Estados que hayan adoptado su régimen; mandato que sí existe cuando de un Convenio se trata (...) sólo de esta forma podrá lograrse un grado de unificación suficiente como para justificar la existencia de la Ley Modelo (...). La Ley Modelo respeta las diferencias que se dan en los distintos ordenamientos jurídicos estatales, sin pretender unificar el derecho sustantivo nacional en materia concursal. Su objetivo estriba en alcanzar un suficiente nivel de cooperación entre los tribunales y otras autoridades competentes de los diferentes Estados implicados en una situación de insolvencia transnacional, a través de la concreción de un mínimo sistema de cooperación judicial y

administrativa, y del diseño de un mecanismo flexible y sencillo de reconocimiento de procedimientos de insolvencia extranjera”.²⁷⁵

UNCITRAL optó por una ley modelo, descartando la posibilidad de celebrar una convención internacional pues tal como lo calificó Berends éste último supuesto, hubiera sido un modelo de "tómalo o déjalo" y existía un serio riesgo de que así nunca entrara en vigor, tal como sucedió con los sucesivos tratados en el marco de la UE; en cambio una Ley Modelo permitía ganar en rapidez, pues no habría tantas objeciones a su texto, y en flexibilidad.²⁷⁶

Por su parte Rouillon sostiene que frente a los inconvenientes que exhibe, que presenta 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, cuestión que considera prioritaria e independiente de que se encaren, simultánea o sucesivamente, procesos de negociación de convenciones o tratados internacionales.

La Ley Modelo se configura siempre como un instrumento de propuestas y resultados flexibles y no cristalizadas sobre las que los legisladores nacionales pueden siempre actuar en un doble sentido: a) de inserción de las soluciones del modelo en el sistema jurídico nacional, y b) de modificación de dichas disposiciones cuando la inserción no se presenta fácil o conveniente.

Se afirma que “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*. Otras de sus ventajas es que su *alcance sería universal*, aunque entendido esto en el sentido *unilateral*; vale

²⁷⁵ ESPULGUES MOTA, Carlos: “La Ley modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza, de 30 de mayo de 1.997: ¿de la hambruna al exceso? N° 27. Cuadernos de Derecho y Comercio, diciembre, 1.998, p. 52 a 54.

decir, el régimen de reglas argentinas de fuente interna se aplicaría universalmente, a cualquier concurso con elementos transfronterizos, salvo que se trate 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*". ... "El ejemplo europeo (...), 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".²⁷⁷

En cuanto no ya a su forma, sino a su contenido, la Ley Modelo tomó muy en cuenta los resultados de otras realizaciones, en especial del Convenio de la Unión Europea relativo al procedimiento de insolvencia (1.995), el Convenio europeo sobre ciertos aspectos internacionales de la quiebra (Estambul, 1.990), los Tratados de Montevideo de 1.889 y 1.940, el Código de Bustamante y Sirvén (La Habana, 1.928) y las consideraciones realizadas por organizaciones no gubernamentales como la Model International Insolvency Concordat Act (MIICA), y el Cross Border Insolvency Concordat, elaborados por el "Comité J" de la Sección de Derecho Empresario de la Asociación Internacional de Abogados.

Recientemente, el 2 de diciembre de 2.004 en su 59° período de sesiones, la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU), sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/59/509) recomendó que todos los Estados tengan debidamente en cuenta la Guía Legislativa de la Comisión

²⁷⁶ BEREEDS, Andre J.: "The UNCITRAL Model Law on cross-border insolvency: a comprehensive overview", en Tulane Journal of International and Comparative Law N° 66, Primavera, 1.992, p. 319.

²⁷⁷ ROUILLÓN, Adolfo A. N.: "Concursos con repercusión transnacional – La Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Insolvencia Transfronteriza." Publicado en ANALES de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XLV, segunda época, número 38. Noviembre 2.000, pags. 3 y 4

de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre el Régimen de la Insolvencia, aprobada por dicha Comisión en su 37° período de sesiones el 25 de junio de 2.004; al evaluar la eficiencia económica de sus respectivos regímenes de la insolvencia y al revisar o promulgar legislación relativa a la insolvencia. En la misma resolución la AGNU recomendó que todos los Estados sigan considerando la posibilidad de aplicar la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza.

Según información obrante en la Secretaría de la CNUDMI²⁷⁸ se han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo sobre Insolvencia transfronteriza en Eritrea (1.999), Japón (2.000), México (2.000), Sudáfrica (2.000), Montenegro (2.002), Polonia (2.003), Rumania (2.003), Serbia (2.004), Gran Bretaña (2006), el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: Islas Vírgenes Británicas, territorio de ultramar (2005), y recientemente (2.005) el Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica reformó del Título II del USA Code, añadiendo un Capítulo VI: Ancillary and other corss-border cases, en el que se incorpora el contenido de la Ley Modelo.

Cabe destacar por su parte que uno de los países emergentes que recientemente ha alcanzado el más alto grado de inversión es México, en coincidencia con la vigencia de su nueva ley de Concursos Mercantiles en abril de 2.000, en la cual se ha adoptado íntegramente y casi sin modificaciones, la Ley Modelo en el Título Duodécimo denominado “De la cooperación en los procedimientos internacionales”.

A su turno, un número importante de Estados, entre ellos la República Argentina, Nueva Zelanda, Australia, han tomado a la Ley Modelo como base para proyectos de reforma en la materia.

A este respecto Rouillon sostiene que es menester introducir en nuestra legislación interna reglas que posibiliten la cooperación internacional, el reconocimiento de los procesos concursales, y el acceso de

²⁷⁸ Datos extraídos de la página de la UNCITRAL <http://www.uncitral.org> (página consultada en abril de 2.007).

los funcionarios y de los acreedores foráneos, para lo cual debe descartarse de plano la idea de introducir meros retoques a los actuales artículos 2 inciso 2, 3 inciso 5, y 4 de la ley nº 24.522, ya que ello 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.²⁷⁹

Fundando su criterio, Rouillón considera que 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, considera, permitiría de manera rápida y sencilla, (ya que en lo fundamental el trabajo ya está hecho) actualizar nuestras obsoletas, reglas de Derecho Internacional Privado concursal, en línea con la más moderna tendencia universal, y se daría una importante señal de previsibilidad y seguridad jurídica a la inversión foránea.

La vehemencia de estas palabras, que pueden o no ser compartidas, por lo menos estimulan, y llaman a la reflexión.

Como primer observación, corresponde reiterar, una vez más que debemos distinguir las reglas de fuente interna de las disposiciones de fuente convencional. Por ello, cuando la doctrina concursalista se refiere a “las obsoletas reglas de Derecho Internacional Privado”, debiera distinguir si está considerando sólo las de fuente interna contenidas en la ley nº 24.522, o también el comentario comprende las reglas de fuente convencional (por ejemplo las soluciones de los Tratados de Montevideo), y en este punto compartimos la opinión que, dada la diferencia entre las soluciones adoptadas por las disposiciones de ambas fuentes y que ya fueron analizadas en capítulos anteriores, el comentario efectuado por el autor no puede ser generalizado.

²⁷⁹ ROUILLÓN, Adolfo A. N.: “Concursos con repercusión transnacional – La Ley Modelo...” ob. cit. pags. 3 y 4.

En cuanto a la procedencia o conveniencia en la adopción de las disposiciones de la Ley Modelo en nuestra normativa interna, antes de expedirnos al respecto es indispensable iniciar su estudio y análisis profundo, lo que efectuaremos a continuación.

Título I

La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Insolvencia Transfronteriza

La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Insolvencia Transfronteriza – Finalidad y objetivos de la Ley Modelo.

- a) Capítulo I: Disposiciones Generales – Calificaciones - Ámbito de aplicación material - Sistema adoptado: procedimientos principales y no principales – Tribunal o autoridad competente - Otras disposiciones generales.
- b) Capítulo II: Reglas que rigen el acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del Estado donde tramita el proceso concursal.
- c) Capítulo III: Reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia y de las medidas otorgables en el país adoptante.
- d) Capítulo IV: Cooperación entre tribunales y representantes locales y extranjeros –
- e) Capítulo V: Procedimientos paralelos y reglas finales-

Ley Modelo de UNCITRAL sobre Insolvencia Transfronteriza:

Iniciando el análisis profundo de la Ley Modelo, recordemos que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, ha elaborado y aprobado por consenso una *Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza* de 1.997 que fue acompañada con una Guía para su incorporación al derecho interno de los Estados que la adopten.

Participaron de las deliberaciones de la Comisión y del Grupo de Trabajo sobre el derecho de la insolvencia,²⁸⁰ treinta y seis (36) Estados

²⁸⁰ Sobre la Ley Modelo UNCITRAL puede consultarse: ESPULGUES MOTA, Carlos: "La Ley Modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza del 30 de mayo de 1.997: ¿de la hambruna al exceso?", en Cuadernos de Derecho y Comercio N° 27, diciembre de 1.998, p. 49 y ss., ROUILLON, Adolfo A. N.: "Concursos con repercusión transnacional. La Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Insolvencia transfronteriza", disponible en www.iiiglobal.org, KRINGS, Ernest: "Unification législative internationale récente en matiere d'insolvabilité et de faillite" disponible en www.unidroit.org

miembros de la Comisión, representantes de cuarenta (40) Estados en calidad de observadores²⁸¹ y trece (13) organizaciones internacionales, entre ellas INSOL (International Association of Insolvency Practitioners o Federación Internacional de Profesionales de Insolvencia). La Asamblea General de Naciones Unidas la aprobó por resolución 52/158 el 15 de diciembre de 1.997.

La Ley Modelo recoge las prácticas, en materia de insolvencia internacional, que caracterizan a los sistemas más modernos y eficientes de administración de las insolvencias internacionales, a la vez que respeta las diferencias que se dan de un derecho procesal interno a otro y sin pretender unificar el derecho sustantivo de la falencia, su régimen ofrece soluciones que pueden ser útiles a cualquier Estado que quiera dotar a su derecho concursal con una normativa moderna, equitativa y armonizada para resolver con mayor eficacia los casos de insolvencia transfronteriza.

Al decir de la doctrina, constituye 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.²⁸²

Incorpora reglas hoy inexistentes en la mayoría de los países, incluida la Argentina, que permiten facilitar la coordinación rápida de los múltiples procesos concursales de reorganización localizados en diferentes países,

y en www.uncitral.org, SILVERMAN, Ronald: "Advances in cross-border insolvency cooperation: the UNCITRAL model law on cross-border insolvency", en *ILSA Journal of international and comparative law*, Spring, 2.000; LEONARD, Bruce: "International Bankruptcy Law. The International Year in Review", en *Norton Annual Survey of Bankruptcy Law*, 2.002 Edition.

²⁸¹ Principalmente participaron países de África, Asia, y América del Sur. Pocos representantes de Estados europeos estuvieron presentes.

²⁸² ROUILLÓN, Adolfo A. N.: "Concursos con repercusión transnacional – La Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Insolvencia Transfronteriza." Publicado en ANALES de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XLV, segunda época, número 38. Noviembre 2.000.

con miras a maximizar el valor de las empresas, salvarlas y preservar empleos.

Como ya se explicó, otra ventaja es su flexibilidad inherente a toda ley modelo, que permite a cada Estado introducir modificaciones en el texto uniforme. Aunque, claro está no es 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.

Finalidad y objetivos de la Ley Modelo:

Establece que la finalidad es la de crear mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transnacional con mira a obtener los siguientes objetivos:

- a) La cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes del Estado adoptante y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transnacional.
- b) Una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones.
- c) Una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transnacionales, 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.

La Ley Modelo está estructurada en un Preámbulo y en cinco capítulos:

Capítulo I.- Disposiciones generales; artículos 1 a 8 inclusive.

Capítulo II.- Reglas que rigen el acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del Estado donde tramita el proceso concursal; que comprende los artículos 9 a 14 inclusive.

Capítulo III.- Regulación del reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia y de las medidas –principalmente cautelares- otorgables en el país; desde el artículo 15 al 24 inclusive.

Capítulo IV.- Principios y formas de cooperación entre tribunales y representantes, locales y extranjeros; en los artículos 25, 26 y 27; y

Capítulo V.- Sistemas de coordinación de procedimientos paralelos de insolvencia de un mismo sujeto regulado desde el artículo 28 al 32 inclusive.

A continuación nos abocaremos a su detallado análisis.

I.- a) Capítulo I: Disposiciones generales: El capítulo primero trata, regula cuestiones relativas a calificaciones, el ámbito de aplicación de la Ley Modelo, el tribunal o autoridad competente, y otras disposiciones generales.

Calificaciones

Bajo el título de *Definiciones* se aborda una de las llamadas cuestiones propias del derecho internacional privado como lo es el de las “calificaciones” que reviste importancia a la hora de intentar, de iniciar un proceso de armonización legislativa. Así se efectúan las siguientes calificaciones autárquicas:

Procedimiento extranjero: 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.

En los términos de la Ley Modelo la quiebra y el concurso preventivo regulados en la ley N° 24.522, serían considerados "procedimientos extranjeros", mientras que el acuerdo preventivo extrajudicial probablemente no entraría en esta categoría ya que los bienes y negocios del deudor no están sujetos a control o supervisión de un tribunal.²⁸³

²⁸³ ROUILLON, Adolfo A. N.: "Concursos con repercusión transnacional. La Ley Modelo ..." ob. cit.. También disponible en www.iiiglobal.org.

Procedimiento extranjero principal: se entenderá el procedimiento extranjero que se siga en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses, estableciendo además la presunción *juris tantum* de que el domicilio social del deudor o su residencia habitual (si es una persona natural) es el centro principal de sus intereses.

Procedimiento extranjero no principal: es el procedimiento extranjero, que no sea un procedimiento extranjero principal, que se siga en un Estado donde el deudor tenga un establecimiento, que la propia convención define.

Establecimiento: todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios.

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 (artículo 2 inciso d).

En nuestro sistema, encuadraría en esta definición el síndico concursal, no así el comité provisorio de acreedores.

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 (artículo 2 inciso e).

Como ya expresáramos, el interés despertado sobre este tema y la importancia de las calificaciones radica o reside en que ellas son utilizadas para precisar los términos empleados en la norma jurídica lo que conduce a una interpretación y aplicación más armónica, contribuyéndose con ello a dar mayor seguridad jurídica.

Ámbito de Aplicación material

El campo de aplicación de la Ley Modelo comprende a los procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor ya sean

judiciales o administrativos, aún de índole provisional, y en virtud de los cuales los bienes y negocios del deudor queden sujetos al control o supervisión del tribunal extranjero, a los efectos de su reorganización o liquidación (artículo 2.a).

En consecuencia, entran en su ámbito de aplicación tanto los procedimientos colectivos obligatorios como los voluntarios, destinados a personas físicas, y/o jurídicas, comerciantes o no comerciantes, tanto tenga por fin la liquidación como la reorganización y ya sea que el deudor conserve sus poderes y administración sobre sus bienes o ya sea desapoderado de ellos.

El ámbito de aplicación se encuentra establecido en los siguientes supuestos:

- Cuando un tribunal extranjero o un representante extranjero solicite asistencia en el país que adopte la Ley Modelo, en relación con un procedimiento extranjero.
- Cuando 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.
- Toda vez que se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor un procedimiento extranjero y un procedimiento en el país que adopta la Ley Modelo, con arreglo a las norma de derecho interno de éste relativas a la insolvencia.
- Cuando 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.

Como se observa del análisis en los distintos supuestos, se estaría conduciendo a la aplicación del derecho sustancial de un Estado que al haber adoptado la Ley Modelo, ha transformado su derecho material de

insolvencia, y consecuentemente serán aplicables en lo relativo a cada caso las soluciones o prescripciones de dicha Ley Modelo convertidas ahora en derecho interno.

Sistema adoptado: procedimientos principales y no principales

La Ley Modelo adopta un sistema que podríamos calificar de intermedio o mixto, ya que prevé coexistencia de un procedimiento principal y procedimientos no principales.

El procedimiento principal tiene alcance universal y efectos extraterritoriales, pero se pueden incoar procedimientos no principales, paralelos, territoriales, locales en los Estados en donde haya bienes del deudor.

No obstante, todo Estado que adopte la Ley Modelo podrá limitar la apertura de procedimientos no principales a la existencia de un establecimiento. Se reduciría, de este modo, el número de procedimientos paralelos.

Ya hemos visto que la Ley Modelo define al procedimiento extranjero principal como aquél que se siga en el Estado donde el deudor tenga el “centro de sus intereses principales” (artículo 2.b).

El artículo 16, párrafo 3 establece que se presume *iuris tantum* que en el caso de las personas jurídicas es el lugar de su domicilio social y en el de las personas naturales es su residencia habitual. 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 (artículo 2.c) que es definido por el mismo artículo 2 inciso f 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.

Se presume, salvo prueba en contrario, que el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal constituye prueba válida de que el deudor es insolvente a los efectos de apertura de un procedimiento no principal

(artículo 31). Es decir se le asignan efectos extraterritoriales al reconocimiento o declaración de falencia efectuada en el procedimiento principal, lo que implica que no resultará necesario acreditar el estado de insolvencia en el Estado en donde pretenda abrirse un procedimiento secundario.²⁸⁴

Los procedimientos que se desarrollen paralelamente deben estar coordinados (artículos 28, 29 y 30).

A fin de resguardar la paridad en los dividendos el artículo 32 establece una regla de pago para los procedimientos paralelos. Se dispone 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. Esta norma tiende a salvar uno de los perjuicios o inconvenientes de la pluralidad de procedimientos abiertos.²⁸⁵

Con la misma finalidad, la ley modelo que analizamos establece que cuando exista un sobrante en un procedimiento local no principal deberá transferirse al procedimiento principal.²⁸⁶

Tribunal o autoridad competente

Como es lógico suponer, la Ley Modelo remite para la determinación de la autoridad estatal competente a la ley del Estado que la adoptó. Es decir que remite al derecho nacional la cuestión relativa a la competencia

²⁸⁴ No podemos dejar pasar la oportunidad de destacar la similitud de esta disposición con lo prescripto por la primera parte del artículo 4 de nuestra ley de concursos y quiebras.

²⁸⁵ La “paridad de los dividendos”, también se encuentra regulada en el derecho de fuente interna argentino – artículo 4 -.

²⁸⁶ Se debe recordar en este punto, solución similar adoptada por los Tratados de Derecho Comercial de Montevideo, ya analizados.

judicial o administrativa establecida en el territorio. Lo contrario, es decir, el establecimiento de un órgano único o uniforme con competencia para la tramitación de los procedimientos de insolvencia podría significar una modificación, alteración de la organización judicial (territorial y material) de cada Estado adoptante.

Así establece que el Estado que adopte la Ley Modelo identificará quien o quienes serán competentes para ejercer las funciones a las que se refiere la presente Ley relativas al reconocimiento de procedimientos extranjeros en materia de cooperación con tribunales extranjeros, como así también quien será la persona (o personas) con facultades para actuar en un Estado extranjero en representación de un procedimiento abierto conforme la Ley de insolvencia del Estado adoptante de la Ley Modelo, en la medida en que lo permita la ley extranjera aplicable.

Otras disposiciones generales

Jerarquía normativa:

El artículo 3 de la Ley Modelo establece, como no podía ser de otro modo la superioridad jerárquica del tratado internacional sobre la ley interna, dejando a salvo las obligaciones del Estado que adopte ese texto, ya que en caso de conflicto entre la Ley Modelo y un tratado u otra forma de acuerdo internacional “prevalecerán las disposiciones de ese tratado o acuerdo”.

Como primera simple observación a la norma en estudio cabe decir que ella permitiría adoptar las disposiciones de la Ley Modelo y mantener vigente los tratados internacionales celebrados sobre la materia, como por ejemplo los ya analizados Tratados de Montevideo de 1.889 y 1.940, o celebrar nuevos acuerdos. La simpleza de tal conclusión nos lleva a efectuar algunas otras apreciaciones.

Como ya lo hemos remarcado en varias oportunidades la Ley Modelo por la naturaleza que le es propia, tiene por finalidad ser adoptada por los Estados como norma de derecho interno, y no es ella misma una convención internacional. Por lo expuesto, en razón de la teoría monista con supremacía

del derecho internacional resulta la jerarquía del tratado respecto de la ley interna. Ya hemos referido asimismo que en la República Argentina dicho criterio se encuentra adoptado por nuestra Constitución Nacional en los artículos 31 y 75 incisos 22 y 24, y ha sido objeto de aplicación en varios fallos resueltos por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, por cuanto la disposición de la Ley Modelo no puede ser objeto de observación alguna.

Asimismo, la lectura inicial de esta norma nos recordó disposiciones en igual sentido que la UNCITRAL ha introducido en varias Convenciones Internacionales, como por ejemplo el artículo 90 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1.980.²⁸⁷

El referido artículo 3, que puede tener sentido cuando entran en conflicto dos Convenciones Internacionales (dado su paridad o igualdad jerárquica), parecería carecer de finalidad (dado su obviedad) si el conflicto se producen entre normas de fuente convencional y normas de derecho interno (en este caso la Ley Modelo adoptada como tal por un Estado).

Podríamos suponer que la habitualidad metodológica en la incorporación de éste tipo de cláusulas por parte de dicha Comisión de las Naciones Unidas, ha provocado su incorporación sin fundamento en la Ley Modelo.

Sin embargo cabe la posibilidad que un Estado que adopte la Ley Modelo como derecho interno, no adscriba, no comulgue con la supremacía del derecho internacional, recobrando en estos casos trascendencia la disposición analizada, que le permitiría un positivo vuelco sobre el sistema monista con supremacía del derecho internacional por parte del país que adoptara su texto. No obstante ello, nos permitimos suponer que si la postura del Estado es sólida en un sentido contrario, podría suprimir el artículo 3 de la Ley Modelo, facultad que ella misma habilita.

²⁸⁷ Artículo 90: “La presente Convención no prevalecerá sobre ningún acuerdo internacional ya celebrado o que se celebre que contenga disposiciones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención, siempre que las partes tengan sus establecimientos en Estados partes en ese acuerdo”.

Orden Público:

El orden público internacional constituye un freno al reconocimiento y aplicación del derecho extranjero cuando la solución a la que se arribe por su aplicación, conculque los principios fundamentales del ordenamiento del juez.²⁸⁸

En este sentido la Ley Modelo establece que nada de lo dispuesto en ella impedirá que el tribunal se niegue a adoptar una medida en la Ley regulada, de ser esa medida manifiestamente contraria al orden público del Estado adoptante de la Ley Modelo.

La expresión “manifiestamente contrario” nos hace pensar en la intención de resaltar el carácter excepcional del orden público.

No obstante, cabe poner de manifiesto la deficiencia de incluir el término a definir o regular en la misma norma sin establecer un concepto independiente, en cuanto autoriza al Estado a dejar de lado la medida que sea “contraria al orden público”, sin establecer que normas o cuestiones constituyen la noción o concepto de orden público, por consiguiente permite, autoriza, conduce (o deja librado) a que dicho concepto sea establecido en cada caso concreto por el juez y por la aplicación de la *lex fori*.²⁸⁹

I.- b) Capítulo II.- Reglas que rigen el acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del Estado donde tramita el proceso concursal

1) Representantes extranjeros: Se establece como regla general el derecho de acceso directo, en razón de que “*todo representante extranjero estará legitimado para comparecer directamente ante un tribunal*” del Estado adoptante de la Ley Modelo.

²⁸⁸ Para un desarrollo de este tema ver BIOCCA, CARDENAS, BASZ: “Lecciones de Derecho Internacional Privado- Parte General.” Editorial Universidad. Año 1.990. pags. 197 a 206.

²⁸⁹ En igual sentido se realizó la crítica al Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, elaborado por el Ministerio de Justicia, en el dictamen efectuado por el Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de San Isidro, en el que tuve oportunidad de participar. Ver CÁRDENAS, Sara, RODRÍGUEZ, Mónica y SCOTTI, Luciana: “Dictamen sobre el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado”, Pub. Revista Síntesis Forense N° 116 – Setiembre/octubre 2.005. pág.42 a 49. y en www.casi.com.ar.

Toda persona que se encuentre facultada por el tribunal extranjero para administrar o liquidar los bienes del deudor²⁹⁰, está facultado, posee legitimación para comparecer, actuar directamente ante un tribunal del Estado que adopta la Ley Modelo. Precisamente uno de los objetivos principales de ella es brindar a los representantes extranjeros acceso directo y rápido a los tribunales del Estado adoptante (artículos 9 a 12). De tal modo, se evitan las comisiones rogatorias y toda clase de comunicaciones diplomáticas o consulares lentas y pesadas.

Sin embargo, la presentación del representante extranjero ante el tribunal del Estado adoptante de la Ley Modelo no supone la sumisión de éste, 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 (artículo 10).

En el artículo 11 la Ley Modelo confiere al representante extranjero legitimación para solicitar la apertura de un procedimiento local de insolvencia siempre que se cumplan las condiciones exigidas en el derecho interno para aquélla, y el artículo 12 le concede la facultad, luego del reconocimiento local del procedimiento extranjero, de participar en todo procedimiento abierto respecto del mismo deudor con arreglo al derecho interno de insolvencia del Estado adoptante.

La doctrina refiere que para el derecho argentino 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.²⁹¹

Si bien ello es así, no debemos olvidar que el concepto (reconocimiento de la actuación del representante extranjero) no es totalmente ajeno a nuestro ordenamiento jurídico en razón que las normas de fuente convencional, específicamente, los Tratados de Montevideo de 1.889 y 1.940, lo receptan y regulan en los artículos 45 y 49 respectivamente.

²⁹⁰ Ver calificación de "representante extranjero" establecida en el artículo 2.d).

Recordemos que el artículo 45 (1.889) determina que tanto la autoridad de los síndicos como la de los representantes legales de la quiebra deberá ser reconocida en todos los Estados, en la medida en que lo fuere por la ley del país en cuyo territorio radica el concurso o la quiebra que representan, debiendo ser admitidos en todas partes para ejercer las funciones que les sean concedidas por dicha ley o por el propio Tratado de Montevideo.²⁹²

Así el artículo 49 del tratado de 1.940 establece que *“La autoridad de los síndicos o administradores de la quiebra única, cualquiera que sea su denominación o la de sus representantes, será reconocida en todos los Estados contratantes. Podrán tomar medidas conservativas o de administración, comparecer en juicio y ejercer las funciones y derechos que les acuerdan las leyes del Estado en donde fue declarada la quiebra; pero la ejecución de los bienes situados fuera de la jurisdicción del juez que entiende en el juicio, deberá ajustarse a la ley de la situación”*.

2) Acreedores extranjeros: Si bien la Ley Modelo parte de la premisa de que existe diferencia entre acreedores extranjeros y locales, no define cual es el criterio de tal distinción, por cuanto ello deberá ser resuelto por el derecho interno de cada país, es decir, deberá procederse a su calificación conforme la *lex fori*.

Tal como ya se expuso en el capítulo correspondiente, la Argentina distingue acreedores extranjeros y locales con base al lugar de pago de la obligación.

A pesar de la distinción efectuada por la Ley Modelo, establece que los acreedores extranjeros, como principio general gozarán de los mismos derechos que los acreedores locales para solicitar la apertura de un

²⁹¹ ROUILLÓN, Adolfo A. N.: “Concursos con repercusión transnacional – La Ley Modelo ...” ob. cit., pag 6.

²⁹² Para un análisis detallado del tema ver nuestro trabajo - “El Régimen argentino de concursos y quiebras”. Editorial Albremática. www.elDial.com - cuatro entregas meses Junio, Agosto, Setiembre y Octubre 2.004. También “Armonización legislativa en materia de Insolvencia Internacional – La Quiebra comercial en los Tratados de Montevideo de 1.940”. Revista Síntesis Forense Nº 90, Ed. Departamento de Publicaciones del Colegio de Abogados de San Isidro. Año 2.000

procedimiento de insolvencia en el Estado adoptante, y para participar en los procedimientos de insolvencia con arreglo al derecho interno del país adoptante (artículo 13).

Este reconocimiento de participación en igualdad de condiciones, demuestra que los sistemas modernos dejan de lado el requisito de la reciprocidad adoptado por nuestro artículo 4 como así también la discriminación o diferenciación entre acreedores locales y extranjeros a los fines de solicitar la apertura.

El artículo 4 de la ley nº 24.522, establece con claridad dichas desigualdades en cuanto, en lo pertinente dispone:

Artículo 4º: *“La declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor o del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la REPÚBLICA ARGENTINA.*

....

.....

Reciprocidad: La verificación del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero, y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior, está condicionada a que se demuestre que, recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la República Argentina puede verificarse y cobrar – en iguales condiciones- en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero.”

En materia de privilegios el artículo 13 de la Ley Modelo deja a salvo el orden de prelación de los créditos que establezca el derecho interno del país donde está abierto el concurso, es decir que somete los privilegios concursales a la *lex fori*.

En cuanto a la cuestión de las preferencias locales, sin eliminarlas, establece que no se asignará a los créditos extranjeros una prelación inferior a la de los acreedores comunes o quirografarios locales, salvo que el crédito extranjero fuera equivalente a un crédito local que tuviese rango inferior a quirografario, en cuyo caso se le asignará dicho rango. Tal como señala acertadamente Rouillon, esta postergación en el cobro no responde a la

mera circunstancia de ser crédito foráneo sino porque aún siendo local, le hubiese correspondido prelación inferior a los créditos comunes.

Constituye facultad del Estado adoptante la posibilidad de excluir del proceso concursal local a los créditos extranjeros por conceptos de impuestos o seguridad social.

Finalmente, simplificando el sistema de notificaciones, el artículo 14 dispone la obligación de 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 cursarse a los acreedores domiciliados en este Estado. Además elimina todo tipo de formalidades cartas rogatorias o similar y se especifican contenidos mínimos para tales notificaciones.

I.- c) Capítulo III.- Reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia y de las medidas otorgables en el país adoptante:

Este capítulo regula la facultad del representante extranjero de solicitar, ante el tribunal del país adoptante, el reconocimiento del procedimiento extranjero de insolvencia en el que aquél hubiera sido designado, estableciéndose los requisitos que debe contener la solicitud (artículo 15), quedando asimismo facultado el tribunal requerido a presumir la autenticidad de los documentos acompañados estén o no legalizados.

Si bien el reconocimiento no es automático pues exige un procedimiento al efecto, se prevén en el artículo 16 presunciones que agilizan el mismo.

El tribunal requerido puede desde ese momento, a instancia del representante extranjero, otorgar medidas provisionales disponiendo por ejemplo la paralización de las ejecuciones contra los bienes del deudor, la conservación o la inmediata realización de bienes del deudor para preservar su valor, 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.

Producido el reconocimiento del procedimiento extranjero, el tribunal debe calificarlo como “principal” o “no principal”, en caso de calificarlo como principal dispondrá automáticamente las medidas cautelares y conservatorias pertinentes, en caso que el procedimiento sea no principal dichas medidas se dispondrán por resolución judicial expresa y previo requerimiento del representante extranjero.

Son diferentes los efectos del reconocimiento según se trate de un procedimiento principal o no principal.

Si se trata de un procedimiento principal, el artículo 20.1 dispone que:

- a) Se paralizará 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) Se paralizará asimismo toda medida de ejecución contra los bienes del deudor; y
- c) Se suspenderá todo derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de algún otro modo de esos bienes.

Esta suspensión es imperativa ya que deviene como consecuencia automática, inmediata del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal. Todas estas medidas transitorias previstas tienden a prevenir el fraude y a proteger los legítimos intereses de los acreedores hasta tanto el tribunal evalúe la situación y tome las medidas pertinentes, modificando o retirando aquéllas.

Sin embargo, el artículo 20.2 prevé la posibilidad de que el Estado adoptante limite o restrinja el alcance de tales medidas y sus efectos de paralización y suspensión. Por ende, si un país que adopta la ley modelo introduce numerosas excepciones al artículo 20.1, dejará la calificación de procedimiento principal en un lugar menor y es probable que se pierda en eficacia.²⁹³

²⁹³ Cfr. MORARES de SETIÉN RAVINA, Carlos F.: "Análisis de las propuestas recientes en materia de insolvencia internacional: una aproximación a sus principios y procedimientos", en Revista de Derecho Privado N° 23, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 1.999, p. 54.

Además de estas medidas de suspensión imperativa, la Ley Modelo autoriza al tribunal a disponer medidas discrecionales en todo procedimiento, ya sea principal o no. Según el artículo 21.1 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*, otorgar toda medida apropiada. Entre ellas de modo no taxativo menciona las siguientes:

- a) Paralizar la iniciación o la continuación de acciones o procedimientos individuales relativos a los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor, en cuanto no se hayan paralizado con arreglo al inciso a) del párrafo 1 del artículo 20.
- b) Paralizar asimismo toda medida de ejecución contra los bienes del deudor, en cuanto no se haya paralizado 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, en cuanto no se haya suspendido ese derecho con arreglo al 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.

Tal como se puede apreciar estas medidas, en un procedimiento no principal no operan automáticamente por el reconocimiento mismo, sino que deben ser expresamente decididas por un tribunal judicial y a instancia del representante extranjero.

Puede negarse el reconocimiento solamente en caso de manifiesta violación al orden público ello de conformidad con lo establecido en el artículo 6.

El tribunal puede supeditar toda medida a las condiciones que juzgue conveniente, y es posible modificarla o dejarla sin efecto de oficio, a instancia del representante extranjero, o de cualquier persona afectada.

I.- d) Capítulo IV.- Cooperación entre tribunales y representantes locales y extranjeros:

La Ley Modelo pone énfasis en establecer un deber de cooperación internacional, para lo cual 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.

En efecto, la Ley Modelo llena las lagunas o vacíos que la mayoría de las leyes nacionales tienen en lo que concierne a la cooperación en materia de insolvencia internacional. En un análisis comparativo con otras de las realizaciones más recientes en esta materia, se ha afirmado que el texto de la Ley Modelo es el más preciso en cuanto a poner de relieve el destacado papel de la colaboración internacional entre las distintas jurisdicciones comprometidas en un caso de insolvencia transfronteriza.²⁹⁴

Este deber de cooperación es considerado clave en el andamiaje de la Ley Modelo a fin de concretar su finalidad: "establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza", según reza el Preámbulo.

Asimismo, los órganos del concurso local, en ejercicio de sus funciones específicas y bajo la supervisión del tribunal, están facultados para ponerse en comunicación directa con los tribunales o los representantes extranjeros.

²⁹⁴ KRUBGS, Ernest: "Unification législative internationale récente en matière d'insolvabilité et de faillite", disponible en www.unidroit.org y en www.uncitral.org.

Utilizar efectivamente esta posibilidad, superando prejuicios y barreras idiomáticas y culturales es quizás el mayor desafío que propone la Ley Modelo.

En la autorizada opinión de Rouillon la comunicación entre los jueces y/o los representantes concursales ubicados en los diferentes países debe ser ágil y directa, aún por teléfono, siendo imprescindible actuar con rapidez, superando vallas enormes como las diferencias de las legislaciones concursales internas bajo las cuales se desenvuelven los plurales procedimientos involucrados.²⁹⁵

La Ley Modelo enumera una serie de formas de cooperación no taxativas, que los legisladores nacionales pueden ampliar. La Comisión aconseja que esta lista sea simplemente enumerativa de modo que los tribunales puedan adaptar tales medidas a los casos concretos.

El artículo 27 amplía esta fórmula de “cooperación y comunicación directa” estableciendo que la 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 la coordinación de los procedimientos;
- e) La coordinación de los procedimientos que 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.

²⁹⁵ ROUILLÓN, Adolfo A. N.: “Concursos con repercusión transnacional – La Ley Modelo ...” ob. cit. 2.000.

I.- e) Capítulo V.- Procedimientos paralelos y reglas finales:

El presente capítulo contiene previsiones para resolver las siguientes situaciones:

- Cuando a un procedimiento extranjero principal previo le sucede un procedimiento no principal local posterior (artículo 28),
- Cuando se tramiten simultáneamente, respecto del mismo deudor, un procedimiento de insolvencia extranjero y otro local (artículo 29),
- Cuando existan dos o más procedimientos extranjeros respecto del mismo deudor (artículo 30).

Ya hemos analizado que la Ley Modelo establece en el artículo 31 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 adoptante.

El artículo 32 consagra *mutatis mutandi* una regla de paridad en los dividendos similar a la contenida en el último párrafo del vigente artículo 4 de la ley concursal argentina 24.522. Bajo el título “Regla de pago para procedimientos paralelos” 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.

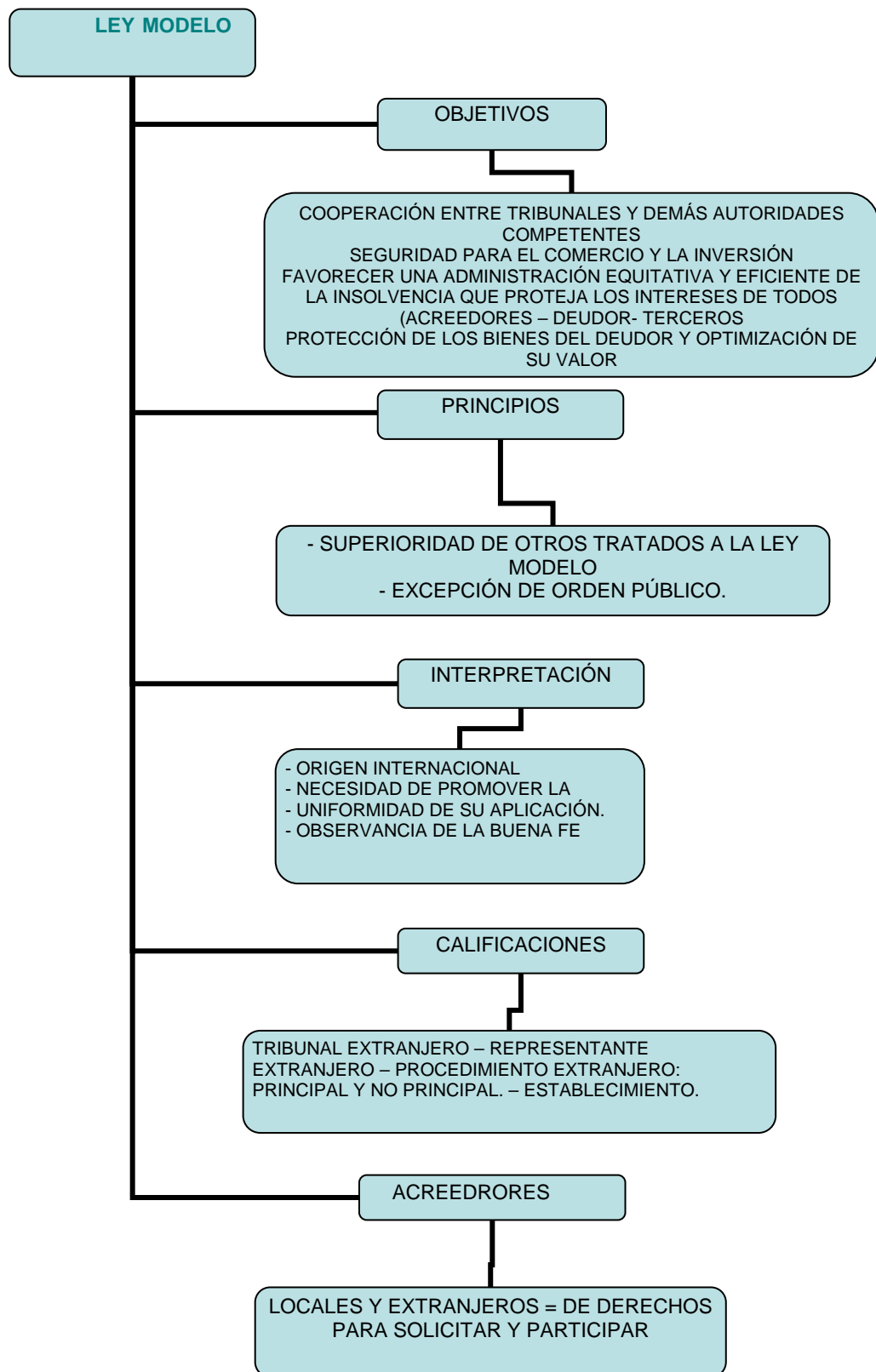
Muchas críticas se han oído respecto a las disposiciones referidas a la preferencia de los acreedores locales y la paridad de los dividendos (o derecho de retorsión) contenidas en nuestro artículo 4, que la doctrina especializada ha propiciado su “adecuación a las nuevas disposiciones y tendencias legislativas más modernas”. Vemos aquí que la Ley Modelo (que

no nos cansaremos de repetir, está llamada a unificar el derecho sustancial, la norma de fuente interna), contiene una disposición similar. Ello nos lleva a reflexionar respecto al acierto de la apreciación que efectuáramos hace ya algún tiempo en el sentido que disposiciones como la analizada tienen por objeto proteger a los acreedores locales frente a la desprotección o desigualdad del ordenamiento extranjero en el supuesto de pluralidad de concursos. Estas medidas (entre otras) son viables, procedentes, y hasta necesarias cuando las normas de fuente interna regulan respecto de la insolvencia o quiebra internacional en razón del desconocimiento de la solución a la que podría conducirnos la aplicación de la norma de conflicto. También sostuvimos, la improcedencia de dichas medidas cuando la norma está dirigida a su aplicación en el ámbito regional.²⁹⁶

La Ley Modelo admite la previsión de **excepciones**: sugiere a las entidades bancarias y de seguros (artículo 1.2), las que podrán quedar sujetas a un régimen especial previsto en la legislación del Estado adoptante.

Para finalizar con el análisis del texto de la Ley Modelo, esquematizaremos brevemente, sus principales características.

²⁹⁶ Ver un adelanto que efectuamos del análisis de este punto en “El Régimen Argentino de Concursos y Quiebras – cuarta parte”. Ed. Albremática. www.elDial.com. Octubre 2.004 – También: “Armonización legislativa en materia ...”. Ob. cit. Artículo publicado en la Revista Síntesis Forense Nº 90, perteneciente al Departamento de Publicaciones del Colegio de Abogados de San Isidro. Año 2.000.



Título II

Reglamento del Consejo Europeo sobre procedimientos de insolvencia²⁹⁷

- a) Introducción.
- b) Ámbito de aplicación territorial.
- c) Ámbito de aplicación temporal.
- d) Ámbito de aplicación material.
- e) Calificaciones.
- f) Procedimiento principal y secundarios.
- g) Competencia judicial internacional.
- h) Coordinación entre procedimiento principal y procedimientos accesorios:
Jurisprudencia - La ley aplicable - El reconocimiento automático de los
concursos “comunitarios.

II.-a) Introducción:

En la Unión Europea se ha venido trabajando desde antiguo en la elaboración de un sistema legal armonizado en materia de concursos transnacionales, no obstante lo cual ha tenido que esperar más de cuarenta años para ver desarrollado tal modelo.

La preocupación de la entonces Comunidad, hoy Unión Europea, por buscar una regulación apta de las insolvencias se inicia ya en la década de los años sesenta. En efecto, el libre intercambio de bienes, personas, servicios y capitales trajo como consecuencia un marcado incremento de la actividad comercial de los agentes privados y la dispersión de sus bienes en todo el territorio comunitario. Rápidamente, se advirtió que este contexto resultaba ser un escenario más que favorable para que un porcentaje

²⁹⁷ Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2.000 sobre procedimientos de insolvencia. Diario oficial n. L 160 de 30 de junio de 2.000.

elevado de las insolvencias que se produjeran, tuviera carácter internacional, transfronterizo.

Para dar respuesta a tal realidad, se elaboraron diversos proyectos de regulación: varios borradores del Proyecto de Convenio CEE sobre quiebra, concordatos y procedimientos análogos en 1.970, 1.980, 1.982 y 1.984. Más adelante, a inicios de la década del noventa se retoma la iniciativa y se concluye el 23 de noviembre de 1.995 el Convenio de Bruselas relativo a los procedimientos de insolvencia. Sin embargo, todos estos proyectos fracasaron, ya sea por tener objetivos muy ambiciosos, por la complejidad de sus términos o bien, como veremos, por el simple rechazo de alguno de los Estados Miembros.

Frente a este cuadro de situación, y hasta la entrada en vigor del Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia el 31 de mayo de 2.002, la única normativa comunitaria en la materia era la Directiva 80/937 del Consejo del 20 de octubre de 1.980 sobre la protección de los trabajadores en los casos de insolvencia del empresario.

Sin embargo, en Europa existían marcos reguladores de este fenómeno. Así, además de las legislaciones nacionales de los países europeos que con distintos alcances se ocupaban de la cuestión, se celebraron convenios bilaterales que vinculaban a países tales como Francia, Austria, Bélgica, la Confederación Helvética e Italia, Países Bajos, y la República Federal Alemana. El primero de tales tratados bilaterales data del 8 de julio de 1.899, firmado entre Francia y Bélgica. Sin embargo, estos acuerdos eran escasos y vinculaban a Estados que tenían fronteras comunes, y por tanto, intercambios comerciales importantes. Todos estos marcos recogen los principios de extraterritorialidad y unidad, con ciertos matices.²⁹⁸

Asimismo, cabe mencionar a nivel multilateral, el Convenio sobre Quiebra del 7 de noviembre de 1.933, elaborado en el seno de la Unión

²⁹⁸ Una síntesis de estos convenios bilaterales puede verse en ESPULGUES MOTA, Carlos: "La quiebra internacional", Ed. José María Bosch, Barcelona, 1.993, p. 109 y ss.

Escandinava y Nórdica de Derecho Internacional Privado, que vincula a Dinamarca, Finlandia, Suecia, Noruega, e Islandia, en vigor.

Por su parte, se destaca la Convención Europea sobre Ciertos Aspectos Internacionales de la Quiebra, concluida en Estambul el 5 de junio de 1.990 en el seno del Consejo de Europa,²⁹⁹ que aunque con objetivos modestos, pues se limitaba a regular los efectos de las declaraciones de quiebra, sirvió de impulso para que la Comunidad retomara ese mismo año sus propios trabajos.

De los distintos intentos de regulación referidos en el estudio del camino recorrido en la Unión Europea en la elaboración del Reglamento debemos recordar que en septiembre de 1.995 el Consejo de Ministros de la Unión Europea aprobó el texto de una convención de procedimientos de insolvencia que, para entrar en vigencia, debía ser firmada por los quince países de la Unión en el corto período comprendido entre el 23 de noviembre de 1.995 y el 23 de mayo de 1.996. Catorce (14) Estados miembros habían ratificado la Convención cuando el Reino Unido se negó a hacerlo. Así, cualquiera que hubiere sido el motivo de la negativa británica, produjo el lamentable resultado de dejar en vía muerta el más logrado esfuerzo contemporáneo multilateral en la materia.

No obstante la firme decisión de obtener, de producir una adecuada regulación en el área en materia falencial, resultaba imposible resucitar la convención, ya que ello suponía abrir interminables discusiones sobre temas acerca de los cuales fuera ya difícil acordar antes de 1.995, y pensar ponerla en vigor entre los catorce países firmantes, dejaría fuera del acuerdo a un socio de la Unión – el Reino Unido- por cuanto ya no se trataría de un convenio de la Unión y consecuentemente la Corte Europea de Justicia carecería de competencia.

El camino que resta entonces, es el del Reglamento, y es así como se publica en el Diario Oficial de la Comunidades Europeas (c/221 3.8.1999)

²⁹⁹ Fue firmada por Bélgica, Chipre, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Luxemburgo y Turquía. Requiere tres instrumentos de ratificación o adhesión para entrar en vigor.

dentro de la sección de Actos Jurídicos Preparatorios la iniciativa presentada ante el Consejo Europeo por la República Federal de Alemania y de la República de Finlandia del texto que pretende convertirse en el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia.

Algunos aspectos relacionados con la insolvencia internacional o transfronteriza se encuentran entonces regulada en el Reglamento (CE) N° 1346/2000 del Consejo, de fecha 29 de mayo de 2.000, sobre procedimientos de insolvencia, texto publicado en el Diario Oficial n. L160 el 30 de junio de ese año y que resulta aplicable a todos los países de la Unión, con excepción de Dinamarca.³⁰⁰

Si pretendemos efectuar un estudio de las causas y fundamentos de las disposiciones del Reglamento encontramos, en primer lugar en su Preámbulo, justificaciones de índole económica. Reconoce una realidad: "las actividades empresariales tienen cada vez más repercusiones transfronterizas... es necesario que se exija la coordinación de las medidas que deberán adoptarse respecto del activo del deudor insolvente" (considerando 3) Todo ello, en definitiva para "contribuir al buen funcionamiento del mercado interior".

Asimismo encontramos en esta suerte de exposición de motivos que contiene el Preámbulo, las razones de la elección de un reglamento para regular esta materia, cuando expresa que es "necesario y oportuno" utilizar esta técnica que se caracteriza por ser vinculante, y directamente aplicable en los Estados miembros. Con dicha elección se evitaban demoras en la adopción y vigencia generalizada en todos los Estados miembros del área de una normativa reguladora de una materia que como veremos es considerada esencial.

Tal como lo sintetiza Candelario Macías, "podemos decir que la justificación de la necesidad de adoptar esta norma viene dada porque

³⁰⁰ Dinamarca, en base a los artículos 1° y 2° del Protocolo sobre la posición de Dinamarca, manifestó su decisión de no participar en la adopción de este reglamento. En sentido contrario, el Reino Unido e Irlanda notificaron su deseo de tomar parte en la adopción y aplicación del reglamento, sobre la base

estamos en un Mercado Común en que cada vez son más frecuentes las insolvencias transfronterizas y, por tanto, es necesario adoptar una normativa común para coordinar las medidas a tomar respecto del patrimonio del deudor insolvente y ante la posibilidad de que éste aproveche el distinto tratamiento que se le daría en los diversos Estados miembros (*forum shopping*)".³⁰¹

Un objetivo es, entonces evitar el *forum shopping*, es decir que las partes encuentren incentivos para transferir bienes o litigios en un Estado miembro de la Unión a otro, en un intento por conseguir una posición jurídica más beneficiosa, afectando así, el buen funcionamiento del mercado interior, el cual exige que los procedimientos transfronteriza de insolvencia se desarrollen de forma eficaz y efectiva, y se considera, se cree que el mejor sistema para poder llevar a cabo ese fin no resulta ser un Convenio o una Ley Modelo, sino al contrario la regla directamente aplicable en cualquier Estado miembro de la Comunidad, es decir, el Reglamento.

A ello se llegó, gracias a las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam del 2 de octubre de 1.997 (en vigor desde el 1º de mayo de 1.999), que expresamente en su artículo 65 prevé como atribución comunitaria "en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior", fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción.³⁰²

Este instrumento comunitario no establece un régimen material uniforme pues cada estado conserva su derecho concursal nacional, sino que es un típico ejemplo de armonización legislativa a través de la unificación de normas de derecho internacional privado, en un alto

el artículo 3º del Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda en la Comunidad, anexo al Tratado de la Unión Europea.

³⁰¹ CANDELARIOS MACÍAS, María Isabel: "La ordenación de la Insolvencia en la Unión Europea" en Noticias de la Unión Europea, N° 235/236, Agosto/septiembre de 2.004, año XX, Ed. CISS, Bilbao, p. 32.

³⁰² Con respecto al tema, puede verse en mayor profundidad: ESPULGUEZS MOTA, Carlos: "Nuevas perspectivas de armonización del Derecho Privado y del Derecho Internacional Privado en Europa", en Revista de Derecho Comunitario, N° 20, 1.999, ps. 481 a 505.

porcentaje, de reglas de conflicto en materia de jurisdicción internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias.

Se trata prácticamente de una reproducción de las normas consagradas en la Convención de Bruselas de 1.995, que según adelantamos, nunca entró en vigor.

El texto se articula en cinco capítulos y tres anexos. En el capítulo I comprende los artículos 1 a 15, se determinan las Disposiciones Generales; en el capítulo II se establece el reconocimiento de los procedimientos de insolvencia en los artículos 16 al 26; el capítulo III prevé en los artículo 27 al 38, los procedimientos secundarios de insolvencia; el capítulo IV reglamenta la información a los acreedores y la presentación de sus créditos en los artículos 39 al 42; y en el capítulo V se ordenan las disposiciones transitorias y finales y es comprensivo de los artículos 43 al 46.

En los Anexos se disponen las equivalencias de los procedimientos concursales, así como los órganos concursales de cada Estado miembro dentro de lo que sería el procedimiento de insolvencia comunitario. El primero de ellos (Anexo A) recoge los procedimientos de cada Estado que son considerados "procedimientos de insolvencia" a los efectos del Reglamento, el Anexo B establece los procedimientos nacionales que corresponden a "procedimientos de liquidación" en los términos del Reglamento y el Anexo C señala los órganos concursales internos de cada Estado que corresponden a la figura del "síndico" que adopta el Reglamento.

Seguidamente nos abocaremos al análisis de esta importante norma comunitaria.

II.-b) Ámbito de aplicación territorial

El Reglamento 1346/2000 se aplica exclusivamente a procedimientos intracomunitarios.

Sólo resulta procedente su aplicación a los procedimientos de insolvencia de un deudor que tiene el centro de los intereses principales en un Estado de la Unión Europea. Por ende, si esta condición no se da, porque

aquél se encuentra en un Estado extra comunitario, aún cuando existan bienes y acreedores en Estados miembros, el reglamento no se puede aplicar. En tales casos, será necesario acudir a otras fuentes convencionales que vinculen al Estado miembro con el tercer Estado y en última instancia a las normas de fuente interna reguladoras de la insolvencia internacional. Tal como destacan Watte y Marquette, debido a estas situaciones que no caen bajo el ámbito de aplicación del reglamento, subsiste la importancia en Europa del derecho nacional en materia de insolvencia internacional. Repárese en las numerosas casas matrices establecidas en Estados Unidos con filiales en países europeos.^{303 304}

Cabe recordar que esta normativa comunitaria vincula a todos los Estados Miembros de la UE, salvo Dinamarca, que no participó en la adopción del Reglamento por lo que según reza el considerando 33 "no está vinculada por el mismo ni obligada a aplicarlo". Ello en virtud del Protocolo anejo al Tratado de Amsterdam que recoge su particular posición, reacia a ceder soberanía, salvo que expresamente ejerza su derecho de sumarse a la aplicación del Reglamento, tal como sí lo hizo Gran Bretaña e Irlanda.

II.-c) Ámbito de aplicación temporal

Según se encuentra establecido en el artículo 43 este reglamento se aplica solamente a los procedimientos que se abran con posterioridad a su

³⁰³ WATTE, Nadide y MARQUETTE, Vanesa: "Le Règlement communautaire, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité", en *Revue de Droit Commercial Belge, Unité de Droit International Privé de la Université Libre de Bruxelles*, 2.001, p. 568. Disponible en <http://www.dipulb.be>.

³⁰⁴ La reforma de fuente interna en materia de insolvencia transfronteriza, en efecto, ha sido encarada por algunos Estados miembros de la UE a fin de adaptar su legislación interna concursal a las normas comunitarias. Podemos mencionar, el Código Belga de Derecho Internacional Privado, y la Ley concursal 22/2003 del 9 de julio de 2.003, en vigor desde el 1 de septiembre de 2.004 y la Ley orgánica 8/2003 para la reforma concursal de España. La ley española, en su Exposición de Motivos señala que sigue "con las convenientes adaptaciones" el modelo del Reglamento. "Así, se facilita la aplicación de ambos textos en el ámbito intracomunitario y se ajusta el mismo modelo normativo a la regulación de otras relaciones jurídicas que están fuera de ese ámbito". Estas normas nacionales, en todo caso, son aplicables sólo cuando el Reglamento comunitario no lo sea. Al respecto puede verse DIAGO, María del Pilar: "Los procedimientos territoriales en la nueva ley concursal", en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y AREAL LUDUEÑA, Santiago (dirs): "Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional, Ed. Colex, Madrid, 2.005, ps. 477 a 496, y EZQUERRA UBERO, José Javier: "El Reglamento comunitario de insolvencia y la ley concursal: ámbito de aplicación espacial de las nuevas normas de Derecho Internacional Privado", en CALVO CARAVACA Alfonso Luis y AREAL LUDUEÑA, Santiago (dirs), ob. cit., ps. 505 a 517.

entrada en vigor, es decir después del 31 de mayo de 2.002. Los actos jurídicos que el deudor haya llevado a cabo antes de tal fecha continuarán sujetos a la ley que les fuese aplicable en el momento de su celebración.

Asimismo, el artículo 44 dispone que tras su entrada en vigor, en las relaciones entre los Estados miembros el Reglamento, sustituirá respecto de las materias a que se refiere, a los Convenios suscritos entre dos o más Estados miembros, y en particular menciona:

- a) Convenio entre Bélgica y Francia relativo a la competencia judicial, y sobre valor y ejecución de las resoluciones judiciales, laudos arbitrales y documentos públicos con fuerza ejecutiva, firmado en París el 8 de julio de 1.899;
- b) Convenio entre Bélgica y Austria sobre la quiebra, el convenio de acreedores y la suspensión de pagos (con protocolo adicional de 13 de junio de 1.973), firmado en Bruselas el 16 de julio de 1.969;
- c) Convenio entre Bélgica y los Países Bajos relativo a la competencia judicial territorial, quiebra, y sobre valor y ejecución de resoluciones judiciales, laudos arbitrales y documentos públicos con fuerza ejecutiva, firmado en Bruselas el 28 de marzo de 1.925;
- d) Tratado entre Alemania y Austria sobre quiebra y convenio de acreedores, firmado en Viena el 25 de mayo de 1.979;
- e) Convenio entre Francia y Austria sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones sobre quiebra, firmado en Viena el 27 de febrero de 1.979;
- f) Convenio entre Francia e Italia sobre ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, firmado en Roma el 3 de junio de 1.930;
- g) Convenio entre Italia y Austria sobre quiebra y convenio de acreedores, firmado en Roma el 12 de julio de 1.977;
- h) Convenio entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal de Alemania sobre reconocimiento y ejecución mutuos de resoluciones judiciales y otros títulos ejecutivos en materia civil y mercantil, firmado en La Haya el 30 de agosto de 1.962;

- i) Convenio entre el Reino Unido y el Reino de Bélgica sobre la ejecución recíproca de sentencias en materia civil y mercantil, acompañado de un Protocolo, firmado en Bruselas el 2 de mayo de 1.934;
- j) Convenio entre Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia e Islandia, relativo a la quiebra, firmado en Copenhague el 7 de noviembre de 1.993;
- k) Convenio europeo relativo a determinados aspectos internacionales de los procedimientos de insolvencia, firmado en Estambul el 5 de junio de 1.990.

Todos estos Convenios seguirán surtiendo efecto cuando se trate de procedimientos abiertos antes de la entrada en vigor del Reglamento.

Además permanecen vigentes en todos aquellos aspectos no regulados por el Reglamento o cuando éste no resulta aplicable, como por ejemplo, según vimos cuando el centro de los intereses principales del deudor está fuera de la UE.

II.- d) Ámbito de aplicación material

Definiendo el ámbito material de aplicación del Reglamento diremos que se aplica a los procedimientos colectivos fundados en la insolvencia que implique el desapoderamiento total o parcial del deudor, persona física o jurídica, (comerciante o no comerciante) sea o no nacional de un país de la Unión, según se establece en el artículo 1.1 del Reglamento.

Por otra parte, si bien no se encuentra expresamente definido, se estima que el presupuesto de apertura del procedimiento concursal estriba en la insolvencia. En consecuencia, se reenvía a los criterios de apertura que se adopten por las jurisdicciones de cada Estado respecto a los actos o situaciones que pongan de manifiesto dicha insolvencia y posibiliten la apertura del proceso, pero en principio, no es necesario que tales procedimientos impliquen la liquidación del deudor ni la intervención de una autoridad judicial.

Así, para el derecho francés, la insolvencia se define como el estado de cesación de pagos; en el ordenamiento inglés, deben darse dos condiciones esenciales: la empresa no puede pagar sus deudas o las

obligaciones del deudor exceden el activo según su balance; en el derecho portugués se asocia con la incapacidad financiera, la imposibilidad de la empresa de cumplir puntualmente con sus obligaciones por falta de medios propios y de crédito; para el derecho alemán la insolvencia se traduce en la incapacidad de cubrir el pasivo con el activo.

Como referimos, el Reglamento se aplica siempre que el centro de los intereses principales del deudor se radique en un Estado miembro de la Unión Europea. Debe señalarse que este reglamento se aplica sin tener en cuenta la nacionalidad ni del deudor ni de los acreedores.

Por otra parte, y tal como se puede apreciar este instrumento no diferencia según se trate de procedimientos para comerciantes o no comerciantes. De hecho, en el considerando 9º del Preámbulo expresamente deja sentado que el deudor puede ser tanto una persona física como jurídica, comerciante o no comerciante.

Por tanto, la declaración de quiebra de una persona física no comerciante en un Estado miembro deberá producir plenos efectos en otro Estado miembro aún cuando su derecho interno en materia concursal sólo comprenda a comerciantes.

Quedan excluidos los procedimientos de insolvencia relativos a las empresas de seguros y a las entidades de crédito. Tampoco contempla a las insolvencias referidas a las empresas de inversiones que presten servicios que impliquen la posesión de fondos de valores negociables de terceros, ni a los organismos de inversión colectiva (artículo 1.2).

Tal como destaca Esplugues Mota, todas estas son materias a las que desde siempre se les ha concedido un tratamiento propio, diferenciado del régimen general debido a la especial relevancia que estos ámbitos tienen en el sistema económico - financiero nacional.³⁰⁵ Es precisamente por ello que sobre estos entes las autoridades competentes nacionales suelen gozar de amplias facultades de intervención.

Pero ello no debe conducir a la creencia que dichas entidades carecen de regulación, en razón que las insolvencias de las entidades de seguros se encuentra regulada por la Directiva 2001/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2.001, relativa al saneamiento y liquidación de las compañías de seguros y las compañías de créditos se rigen por la Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 4 de abril de 2.001, relativa al saneamiento y liquidación de las entidades de créditos.

El Reglamento 1346/2000 incorpora normas, sobre competencia judicial internacional en materia concursal, ley aplicable a los concursos y reconocimiento de procedimientos concursales iniciados fuera de las fronteras nacionales, disposiciones a cuyo estudio seguidamente nos avocamos.

II.- e) Calificaciones.

El Reglamento efectúa en el artículo 2, una serie de calificaciones que tienen por objeto llevar certeza y precisión respecto del contenido, alcance o extensión de algunos términos empleados por la norma, contribuyéndose con ello, como ya se señaló al analizar este tema respecto de otros documentos, a la armonización legislativa y a lograr una aplicación más uniforme.

Se califican las expresiones: “procedimiento de insolvencia”, “procedimiento de liquidación”, “síndico”, “tribunal”, “decisión”, “momento de apertura del procedimiento”, “Estado miembro en el que se encuentre un bien” y “establecimiento”.

Artículo 2. Definiciones. A efectos del presente Reglamento se entenderá por:

³⁰⁵ ESPULGUES MOTA, Carlos: "Un paso más en la profundización del proceso de integración jurídica europea: el reglamento del Consejo del 29 de mayo de 2.000 sobre Procedimiento de Insolvencia", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 3, 2.001, p. 729.

- a) “procedimiento de insolvencia”: uno de los procedimientos colectivos contemplados en el apartado 1 del artículo 1. La lista de dichos procedimientos figura en el anexo A.
- b) “síndico”: cualquier persona u órgano cuya función consista en administrar o liquidar la masa o supervisar la gestión de los negocios del deudor. En el anexo C figura la lista de dichas personas u órganos.
- c) “procedimiento de liquidación”: el procedimiento de insolvencia contemplado en la letra a) que implica la liquidación de los bienes del deudor, incluidos casos en los que el procedimiento se termina, bien a consecuencia de un convenio o de otras medidas, que pongan fin a la insolvencia del deudor, bien a causa de la insuficiencia del activo. Estos procedimientos se enumeran en el anexo B.
- d) “tribunal”: el órgano judicial o cualquier otra autoridad competente de un Estado miembro habilitado para abrir un procedimiento de insolvencia o para adoptar decisiones en el curso del procedimiento;
- e) “decisión”: en relación con la apertura de un procedimiento de insolvencia o el nombramiento de un síndico, la decisión de cualquier tribunal competente para abrir un procedimiento o para nombrar a un síndico;
- f) “momento de apertura del procedimiento”: el momento a partir del cual la decisión de apertura produce efectos, independientemente de que la decisión sea o no definitiva;
- g) “Estado miembro en el que se encuentre un bien”:
- para los bienes materiales, el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el bien,
 - para los bienes o derechos cuya propiedad o titularidad deba inscribirse en un registro público: el Estado miembro bajo cuya autoridad se lleve a cabo el registro,
 - para los créditos: el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el centro de los intereses principales de su deudor, tal como se determina en el apartado 1 del artículo 3;

h) “establecimiento”: todo lugar de operaciones en el cual el deudor ejerza, de forma no transitoria, una actividad económica con medios humanos y bienes.

II.- f) Procedimiento principal y secundarios

Los mentores del Reglamento 1346/2000, sin lugar a dudas, fueron conscientes de la imposibilidad práctica de aplicar el sistema de la universalidad a ultranza, en forma pura, ello en consideración a los fracasos por los que se había atravesado al intentar ser tan ambiciosos.

Se podría afirmar que el Proyecto de Convenio de 1.982 fracasó debido al establecimiento del sistema de la universalidad en sentido estricto.

Disponía en su artículo 2 que: *"Los procedimientos de que trata el presente Convenio, una vez que hayan sido iniciados en uno de los Estados contratantes, producen todos sus efectos en el territorio de los demás Estados" y "mientras no se haya declarado terminado el estado de quiebra, impiden la decisión de iniciar otro de esos procedimientos en su territorio".*

Por ello, en el considerando 11 se lee: "El presente Reglamento acepta el hecho de que, para una amplia serie muy diferenciada de casos de derecho material, no resulta práctico un procedimiento único de insolvencia con validez universal para toda la Comunidad. La aplicación sin excepciones del Derecho del Estado en que se incoa el procedimiento llevaría con frecuencia, dada esta circunstancia, a situaciones difíciles; esto puede aplicarse por ejemplo a las muy diferentes normativas en materia de intereses de seguridad que pueden encontrarse en la Comunidad. Pero también los privilegios de que gozan algunos acreedores en el procedimiento de insolvencia tienen en gran parte una configuración totalmente diferente. El presente Reglamento debe tenerlo en cuenta mediante dos vías: por una parte, deberían aplicarse normas especiales de Derecho aplicable para derechos de especial importancia y vínculos jurídicos (por ejemplo, derechos reales y contratos de trabajo); por otra parte, también deberían autorizarse, junto a un procedimiento principal de insolvencia con validez universal,

procedimientos nacionales que abarquen exclusivamente los bienes situados en el país en el que se incoa el procedimiento".

Teniendo presentes estas apreciaciones, podemos afirmar que el Reglamento adopta un sistema considerados mixto, intermedio, ecléctico, en virtud que consagra dos tipos de procedimientos: universal y territoriales. Veamos.

Por un lado, prevé en el artículo 3.1 un procedimiento de insolvencia con carácter universal: los bienes situados fuera del Estado de apertura quedan comprendidos en la masa³⁰⁶ y sometidos al procedimiento principal y todos los acreedores existentes pueden verificar sus créditos en él. En consecuencia, todos los efectos que la ley del Estado de apertura reconoce a un procedimiento de insolvencia se extienden en los demás Estados miembros de la UE.

Sin embargo, el sistema de la unidad consagrado por la norma queda manifiestamente condicionado a través de la posibilidad prevista de abrir otros procedimientos territoriales o secundarios, cuyo objeto consiste en liquidar los bienes del deudor situados en los territorios donde se encuentra un establecimiento del deudor, es decir, "todo lugar de operaciones en el que aquél ejerza de forma no transitoria, una actividad económica con medios humanos y bienes".³⁰⁷

Tal como podemos observar, los procedimientos secundarios son de índole liquidativa y en principio se inician con posterioridad al principal, de allí su calificación como secundarios.

³⁰⁶ No obstante la establecida universalidad, la doctrina considera dudoso que un procedimiento principal también despliega sus efectos con respecto a los bienes situados fuera del territorio de la Unión Europea ya que su objeto es regular los efectos de procedimientos de insolvencia entre los Estados miembros. Sin embargo, corresponde tener presente que su fuente, la Convención de Bruselas de 1.995 en su informe explicativo prescribía que: "Un procedimiento principal de insolvencia tiene un alcance universal. Abarca todos los bienes del deudor en el mundo entero..." Cfr. WATTE, Nadide y MARQUETTE, Vanesa: "Le Règlement communautaire, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité", en *Revue de Droit Commercial Belge, Unité de Droit International Privé de la Université Libre de Bruxelles*, 2.001, p. 572. Disponible en <http://www.dipulb.beop>.

³⁰⁷ Cfr. Artículo 2.h Reglamento 1346/2000.

En tal caso, no será necesario probar la existencia del presupuesto objetivo ya que la insolvencia se presupone por la decisión de apertura del procedimiento principal (artículo 27).

II.-g) Competencia Judicial internacional:

El Reglamento 1346/2000 no incorpora ninguna norma sobre competencia judicial interna, tan sólo aporta reglas de competencia internacional.

El legislador comunitario conjuga un planteamiento de partida a favor de la existencia, en la Unión Europea, de un único procedimiento concursal que incluya todo el patrimonio del deudor, dondequiera que éste se encuentre, denominado procedimiento principal. Al mismo tiempo, la aceptación de la posible iniciación, en distintos Estados comunitarios, de procedimientos concursales con efectos limitados a los bienes del deudor existentes en los respectivos países de apertura, llamados procedimientos secundarios.

El Reglamento permite que los procedimientos principales de insolvencia que se incoen en el Estado Miembro en el que el deudor tenga el centro de sus intereses principales tengan alcance universal y su objetivo es abarcar todos los bienes del deudor.

Artículo 3.: Competencia Internacional. 1. *“Tendrán competencia para abrir el procedimiento de insolvencia los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor, son competentes para iniciar el procedimiento de insolvencia. ...”*

Con el criterio del “centro de los intereses principales” se busca referir al lugar donde el deudor quebrado lleva a cabo, de manera habitual, la administración de sus negocios, desatendiendo otros factores clásicos como puedan ser la nacionalidad, el domicilio o la presencia de bienes.

En efecto, se adopta como criterio para la atribución de competencia jurisdiccional para los procedimientos principales el del “centro de los

intereses principales" del deudor.³⁰⁸ Se ha destacado que a diferencia del concepto de domicilio que es eminentemente jurídico, el criterio adoptado es de naturaleza fáctica y por ende de más fácil determinación e identificación por terceros. El considerando 13 explica que se ha optado por este criterio pues aquél es el lugar donde el deudor lleva de manera habitual sus negocios y por ende, puede ser averiguado por terceros, es decir, los acreedores, cuya protección garantiza el Reglamento. Por "intereses" se entiende toda actividad económica en sentido amplio.

Entonces, los tribunales competentes serán los del Estado en cuyo territorio se halle el centro de los intereses principales del deudor. No obstante a haber optado por la adopción de un criterio real o fáctico, el Reglamento establece algunas presunciones *iuris tantum* respecto a donde se considerará que el deudor tiene el ya referido "centro de intereses principales". Así, el artículo 3. 1 presume que en caso de persona jurídica, será su domicilio social salvo prueba en contrario, en cuanto dispone:

Artículo 3: Competencia Internacional. 1. *"... Respecto de las sociedades y personas jurídicas, se presumirá que el centro de los intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social"*.

En este sentido, en los autos Brac Rent-A-Car Internacional Inc. (2.003 EWHC Ch 128), la justicia inglesa asume competencia respecto de una sociedad incorporada en Estados Unidos, que contaba con su sede (*"registered office"*) en el Estado de Delaware (EE.UU). No obstante, el juez entiende que la entidad no había realizado nunca actividad comercial alguna desde los Estados Unidos sino que lo había hecho en forma casi exclusiva desde el Reino Unido. A partir de este dato, con base en el tenor literal del artículo 3 del Reglamento, y a través de una interpretación funcional del precepto, entiende que el único criterio para asumir competencia era la

³⁰⁸ Acerca del alcance y de los problemas que puede traer aparejado el criterio adoptado por el Reglamento 1346/2000 en materia de competencia internacional, puede verse el minucioso trabajo de CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: "Procedimientos de insolvencia y Reglamento 1346/2000: ¿Cuál es el 'centro de intereses principales' del deudor?", en CALVO CARAVACA Alfonso Luis y AREAL LUDUEÑA, Santiago (dirs), ob. cit., ps. 217 a 240.

presencia del centro de los intereses principales del deudor en la Unión Europea, y no el lugar donde la misma se encontrase incorporada.³⁰⁹

En el caso de tratarse de la insolvencia de una persona física, el Reglamento (UE) 1346/2000 no trae ninguna presunción al respecto, como si lo hace la Ley Modelo sobre la insolvencia transfronteriza de 1.997, no obstante la doctrina entiende que su centro de intereses principales es su residencia habitual.

Esta jurisdicción se considerará exclusiva, tanto para declarar la quiebra, como para desarrollar el procedimiento concursal, y para la adopción de todas las medidas que se consideren necesarias para ese correcto desenvolvimiento.

Procedimiento secundario: Con el objeto de proteger la diversidad de intereses el Reglamento admite la posibilidad de iniciar en la Unión Europea distintos procedimientos “paralelos” al procedimiento concursal principal en el sentido que los demás Estados de la Unión, (distintos de donde se encuentra el centro de los intereses principales del deudor), en los que exista un establecimiento del deudor podrán iniciar procedimientos concursales a los que se denomina secundarios, que limitarán sus efectos a los bienes del deudor localizados en el territorio de dicho Estado miembro de conformidad a lo prescrito en el artículo 3.2, estableciéndose además disposiciones imperativas de coordinación con el procedimiento principal que satisfacen la necesidad de unidad dentro de la Comunidad.

La aplicación de las normas estatales de competencia judicial internacional en materia concursal quedan referidas, exclusivamente a aquellos supuestos en los cuales el deudor no posee su centro de los intereses principales en territorio de la Unión Europea y por lo tanto, no se puede aplicar el Reglamento.

Puede solicitar la apertura de un procedimiento secundario toda persona a quien la ley del Estado miembro en cuyo territorio se solicita le

³⁰⁹ Ver ESPULGUES MOTA, Carlos: “Derecho Comercial Internacional” Capítulo XVI Procedimientos de Insolvencia Transfronteriza. Ed. Reus – B de F, 2.005. p 712.

concede legitimación así como el síndico del procedimiento principal a fin de mejorar la eficacia de la unidad del proceso o facilitar un mejor desarrollo descentralizado (artículo 28).

El procedimiento territorial o secundario puede incoarse con anterioridad o posterioridad a la apertura de un procedimiento principal, variando en uno u otro supuesto la legitimación activa, es decir, los sujetos autorizados, habilitados para solicitar su apertura.

Con anterioridad a la apertura del procedimiento principal, la apertura del proceso secundario puede ser solicitada por los acreedores locales del establecimiento local (artículo 4 inciso a.) o declararse de oficio cuando el procedimiento principal no pueda incoarse “a tenor de las condiciones establecidas por la ley del Estado miembro en cuyo territorio esté situado el centro de intereses principales del deudor” (artículo 3.4, inciso a.)

Tras la apertura del procedimiento principal, la declaración de un procedimiento secundario puede ser solicitada por el propio síndico del procedimiento principal (artículo 29 inciso a).

A diferencia de la universalidad del proceso principal, la naturaleza territorial del concurso secundario extranjero determina que su reconocimiento no pueda implicar la extensión de los efectos más allá de las fronteras del país en que fue declarado.

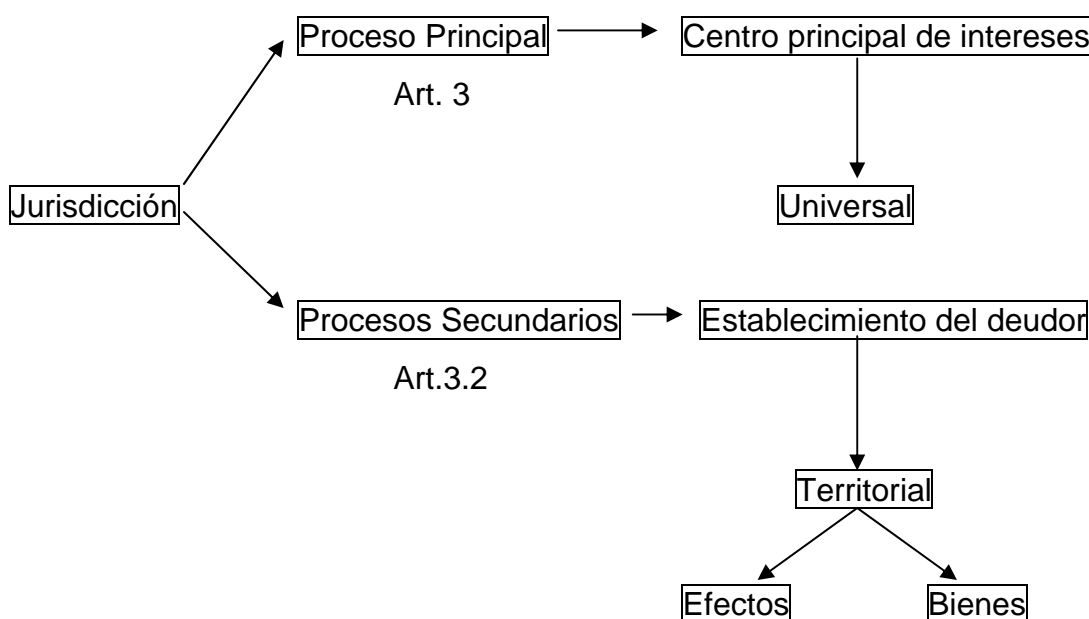
En consecuencia, cualquier limitación de los derechos de los acreedores resultante de dicho procedimiento (condonación de deuda, aplazamiento de pago, etc.), sólo podrá oponerse, en lo que respecta a los bienes situados en el territorio de otro Estado miembro, a los acreedores que hayan manifestado su consentimiento (artículo 17.2).

En el caso de España, por ejemplo, al amparo del artículo 10.3 de la Ley concursal 22/2003,³¹⁰ los tribunales españoles pueden asumir competencia con base en esta ley, en el supuesto de que el deudor no tenga

³¹⁰ Ley 22/2003 sancionada con fecha 9 de julio de 2003, fue publicada en el Boletín Oficial Europeo de 10 de julio de 2003.

su centro de los intereses principales en España, pero sí posea un establecimiento en el territorio nacional.

De conformidad a las pautas que analizamos, podemos estructurar la competencia jurisdiccional en la Unión Europea, materia de insolvencia transnacional de la siguiente manera:



II.- h) Coordinación entre procedimiento principal y procedimientos accesorios

Una de las características destacables del sistema adoptado por el Reglamento en estudio es la coordinación de los procedimientos. Efectivamente, y con independencia del momento en que se abra el proceso secundario, debe imperar la coordinación entre el procedimiento principal y los secundarios. A tal fin es esencial la colaboración entre los síndicos, el intercambio de información y las posibilidades de intervención en procedimientos secundarios paralelos, quienes se encuentran expresamente sometidos a un deber de cooperación recíproca (artículo 31).

En definitiva, todo procedimiento secundario debe estar subordinado al principal y ambos deben estar coordinados entre sí. Como veremos más adelante, una figura clave en esta relación de coordinación - subordinación está dada por el síndico.

Esta particular vinculación entre los diversos procedimientos paralelos se manifiesta también cuando existe un excedente del activo del procedimiento secundario. En tales casos, según el artículo 35: *"Si la liquidación de activos del procedimiento secundario permitiere satisfacer todos los créditos admitidos en dicho procedimiento, el síndico designado en dicho procedimiento remitirá de inmediato el excedente del activo al síndico del procedimiento principal"*.

Por otra parte, y al admitir la existencia de procedimientos paralelos, el propio Reglamento se hace cargo de una típica disfunción del sistema de la pluralidad: la posibilidad de que un acreedor obtenga satisfacción de su crédito en un proceso pero solicite participar en un nuevo reparto en otro. En efecto, este instrumento faculta a todos los acreedores, con independencia de dónde tengan su domicilio, residencia habitual o sede dentro de la UE, a hacer valer sus derechos sobre el patrimonio del deudor en todos los procedimientos principales y secundarios abiertos. Pero, a fin de proteger la igualdad de condiciones y trato entre todos los acreedores, el reglamento prevé que aquel acreedor solo participará en la distribución en otro procedimiento cuando los acreedores de su mismo rango o categoría hayan obtenido un dividendo equivalente (considerando 21 y artículo 20.2).

1) De conformidad a lo establecido por los artículos 3.3 y 27, se exige que la apertura de los posibles procedimientos secundarios sea necesariamente, posterior a la iniciación del procedimiento principal. Por otra parte, cuando se haya iniciado un procedimiento principal, cualquier otro concurso de naturaleza local que pueda abrirse en el territorio de la Unión Europea, además de tener la condición de secundario deberá ser un procedimiento de liquidación.

Solamente en dos supuestos será posible iniciarlos con anterioridad:

- a) Si no puede obtenerse la apertura de un procedimiento principal de insolvencia, a tenor de las condiciones establecidas por la ley del Estado miembro en cuyo territorio esté situado el centro de los intereses principales del deudor. Se configuraría este supuesto, por ejemplo, si la ley de ese Estado comprende como sujetos concursables sólo a los comerciantes y el deudor es una persona física no comerciante que tiene un establecimiento en un Estado que aplica tales procedimientos de insolvencia también a personas físicas.
 - b) Si la apertura del procedimiento territorial de insolvencia ha sido solicitada por un acreedor cuyo domicilio, residencia habitual o sede, se encuentra en el Estado contratante en cuyo territorio radica el establecimiento en cuestión, o cuyo crédito tiene un origen en la explotación de dicho establecimiento.
- 2) Se diseñan diversos mecanismos de coordinación entre los procedimientos secundarios y el principal (artículo 29):
- a) Precizando las personas legitimadas para solicitar la incoación de los procedimientos secundarios.
 - b) Exigiendo con carácter general un importante grado de cooperación entre el síndico del procedimiento principal, y los síndicos de los posibles procedimientos secundarios.

II.- i) Jurisprudencia:

Un interesante caso de disputa o conflicto jurisdiccional se observa en *“Klempka, Tatkir et Green c./ Sté ISA Daisytek”*,³¹¹ resuelto por el Tribunal de Apelación de Versalles, el 4 de setiembre de 2.003.

Se trataba de la insolvencia de ISA Daisytek, sociedad de derecho francés que contaba con su sede social en el partido judicial de Pontoise (Francia), miembro de un grupo de sociedades controlado por una sociedad holding inglesa que, a su vez, se encontraba controlada por una sociedad

³¹¹ Rev. Sociétés, 2.003, p.891.

americana. El grupo europeo, formado por 17 sociedades, de las cuales tres eran alemanas y una francesa.

El estado de insolvencia del grupo motivó la iniciación con fecha 16 de mayo de 2.003, de un procedimiento concursal por parte del High Court de Leeds (Alto Tribunal), respecto de ISA Daisytek, nombrándose a los señores Klempka, Taylor y Green como coadministradores del concurso.

Apenas diez (10) días después, el Tribunal de Comercio de Pontoise (Francia) comenzó otro procedimiento concursal contra la misma entidad, nombrándose a los señores Valdman y Mandin como administradores del concurso. Ambos concursos se iniciaron al amparo del artículo 3.1 del Reglamento 1346/2000 y tenían vocación de concurso principal.

Los administradores del procedimiento inglés acudieron a los tribunales franceses impugnando dicho concurso con base al carácter exclusivo del fuero del artículo 3.1 del Reglamento, y rechazada su solicitud por el Tribunal de Comercio de Pontoise, se acude al Tribunal de Apelación de Versailles, que da la razón a los administradores del concurso británico, afirmando la incompetencia de los órganos jurisdiccionales franceses para iniciar un procedimiento concursal de naturaleza principal: *“la apertura del procedimiento de insolvencia de carácter principal de la sociedad de la sociedad ISA DAISYEK por el Alto Tribunal de Justicia de Leeds prohíbe a cualquier órgano jurisdiccional francés iniciar con posterioridad cualquier otro procedimiento de insolvencia principal, y, en concreto, al Tribunal de Comercio de Pontoise, de iniciar un procedimiento concursal”*.

La ley aplicable:

El reglamento diseña un conjunto de normas de conflicto uniformes en el ámbito concursal, aplicables a las materias por él cubiertas.

Como regla general, precisa la aplicación de la ley del Estado miembro de iniciación del procedimiento de insolvencia como *lex concursus*, ya sea éste principal o secundario según se encuentra establecido en los artículos 4.1 y 28 respectivamente.

Artículo 4: Legislación aplicable. 1. *“Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la Ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos será la del Estado miembro en cuyo territorio se abra dicho procedimiento, denominado en lo sucesivo ‘el Estado de apertura’...”*

Artículo 28: Ley aplicable. *“Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la Ley aplicable al procedimiento secundario será la del Estado miembro en cuyo territorio se haya abierto el procedimiento secundario.”*

Dicha ley determinará todas las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento. Especificará los sujetos que pueden ser sometidos a un procedimiento de insolvencia en calidad de deudores, los bienes que forman parte de la masa, los requisitos para su apertura, y los legitimados para solicitarla, la naturaleza y alcance del desapoderamiento del deudor y los bienes que cubre, la organización de la administración de la masa, el nombramiento del síndico, y sus poderes y facultades, decide la admisibilidad de los créditos, las reglas de prelación, la distribución de activos, nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales al conjunto de los acreedores, las condiciones y efectos de la terminación del procedimiento, en particular mediante convenio, la imposición de costas y gastos del procedimiento, entre los principales aspectos.

Sin embargo el propio Reglamento exceptúa de la aplicación de la *lex concursus* a ciertos supuestos concretos que según explica el considerando 24, persiguen la protección de legítimas expectativas y buscan dotar de seguridad a determinadas operaciones efectuadas en otro Estado miembro distinto de aquél en el que se inicia el procedimiento. Las excepciones son:

- a) La apertura del procedimiento de insolvencia no afectará al derecho real de un acreedor, o de un tercero, sobre los bienes materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, que pertenezcan al deudor, y que, en el momento de la apertura del concurso, se encuentren en el territorio de otro Estado miembro (artículo 5).

- b) Tampoco afectará el derecho de un acreedor a reclamar la compensación de su crédito con el crédito del deudor, cuando la ley aplicable al crédito del deudor insolvente la permita (artículo 6).
- c) Salvaguardan los derechos del vendedor basados en una reserva de propiedad cuando el bien se encuentre, en el momento de la apertura del concurso, en el territorio de un Estado miembro distinto de la apertura (artículo 7.1). Asimismo la iniciación de un concurso contra el vendedor de un bien después de que éste haya sido entregado, se considera que no constituye causa de resolución o de rescisión de la venta, no impidiendo al comprador la adquisición de la propiedad del bien vendido, cuando éste se encuentre en el territorio de un Estado miembro distinto del de apertura (artículo 7.2).
- d) Los efectos de un procedimiento de insolvencia sobre un contrato que otorgue un derecho de uso o de adquisición de un bien inmueble se regularán, exclusivamente por la ley del Estado miembro en que radique el bien (artículo 8).
- e) Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 5 referido a los derechos reales de terceros, los efectos del procedimiento sobre los derechos y obligaciones de los participantes en un sistema de pago o compensación, o en un mercado financiero, se regirán exclusivamente por la ley del Estado miembro aplicable a dicho sistema o mercado (artículo 9).
- f) Los efectos sobre el contrato de trabajo y sobre la relación laboral se regularán exclusivamente por la ley del Estado miembro aplicable al contrato de trabajo (artículo 10).
- g) Los efectos sobre los derechos del deudor respecto de un inmueble, buque o aeronave sujetos a inscripción en un registro público, se gobernarán de acuerdo con la ley del Estado miembro bajo cuya autoridad se lleve el Registro (artículo 11).
- h) Respecto a la validez de un acto celebrado después de la apertura de un concurso respecto de bienes inmuebles, buques o aeronaves

sujetos a inscripción en un registro público, o de valores negociables cuya existencia suponga una inscripción en un Registro, la validez de dicho acto se regulará por la ley del país donde radique el inmueble, o bajo cuya autoridad se lleve el Registro (artículo 14).

- i) Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre otros procedimientos en curso, en relación con un bien o un derecho de la masa, serán exclusivamente regidos por la ley del Estado miembro en el que esté en curso, dicho procedimiento (artículo 15).

El reconocimiento automático de los concursos “comunitarios”

El reglamento, inspirado en el principio de confianza en los jueces europeos como regla general, establece el reconocimiento automático y obligatorio para todos los Estados miembros de toda resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia principal o secundario desde el mismo momento en que la resolución concursal firme o definitiva produzca efectos en el país de apertura, con independencia de que se trate del procedimiento principal o de algún procedimiento secundario. Así se encuentra dispuesto en el artículo 16.1.

Este reconocimiento automático, además, se amplía a otras resoluciones distintas de la apertura del procedimiento de insolvencia *stricto sensu*. Alcanza también a todas las resoluciones relativas al desarrollo y conclusión de un procedimiento de insolvencia dictadas por el tribunal cuya resolución de apertura debe reconocerse al amparo del artículo 16 y al convenio aprobado por dicho tribunal (artículo 25.1.I), a las resoluciones, incluso las dictadas por otro órgano jurisdiccional, que se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden relación inmediata con éste (artículo 25.1 II), y a las resoluciones relativas a las medidas cautelares, adoptadas después de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia (artículo 25.1.III).³¹²

³¹² Artículo 25: “Reconocimiento y carácter ejecutorio de otras resoluciones. 1. Las resoluciones relativas al desarrollo y conclusión de un procedimiento de insolvencia dictadas por el tribunal cuya

En el considerando veintidós (22) del Preámbulo del Reglamento manifiestan que el reconocimiento de las decisiones pronunciadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros debe reposar en el principio de la confianza mutua, y los motivos de no reconocimiento deberían reducirse al mínimo necesario.

El Reglamento tiende, procura establecer un reconocimiento inmediato de las decisiones relativas a la apertura, desarrollo y terminación de los procedimientos de insolvencia que entran en su ámbito de aplicación y de las decisiones pronunciadas en relación directa con dicho procedimiento de insolvencia. El reconocimiento automático debería tener por consecuencia que los efectos que el derecho del Estado de apertura del procedimiento produce se extendieran a todos los demás Estados.

También deberá solventarse de acuerdo a este principio cualquier conflicto que se produzca cuando los tribunales de dos Estados miembros se consideren competentes para incoar un procedimiento principal de insolvencia; la decisión del tribunal que lo inicie en primer lugar debería ser reconocida en los demás Estados miembros, que no estarán autorizados a someter a control la decisión de dicho tribunal.

El hecho de que el reconocimiento sea automático implica que no está sometido al cumplimiento de ningún tipo de requisito de publicación, ni de inscripción en algún registro o a cualquier otra clase de trámite y por supuesto, no hay necesidad de *exequatur*.³¹³ Y la calificación de orden

resolución de apertura deba reconocerse en virtud del artículo 16, y el convenio aprobado por dicho tribunal se reconocerán asimismo sin otros procedimientos. Tales resoluciones se ejecutarán con arreglo a los artículos 31 a 51, con excepción del apartado 2 del artículo 34 del presente Reglamento, del Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil o mercantil modificado por los Convenios de adhesión a dicho Convenio. Lo dispuesto en el párrafo primero se aplicará asimismo a las resoluciones, incluso las dictadas por otro órgano jurisdiccional, que se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con éste. Lo dispuesto en el párrafo primero se aplicará asimismo a las medidas cautelares adoptadas después de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia. (...)

³¹³ Las sentencias de los tribunales extranjeros tienen la fuerza ejecutoria en los términos de los tratados celebrados con el país de que provengan. Pero cuando no existe tratado serán sometidas al procedimiento del *exequatur* y sólo serán ejecutables si reúnen determinados requisitos relativos a la competencia del juez que dictó la sentencia, el control de las garantías del debido proceso, la falta de *litis pendencia* o cosa juzgada, que la sentencia se encuentre firme y no conculque el orden público del Estado requerido, entre otros. En nuestro país el *exequatur* es materia de regulación de los códigos procesales.

público impide el abuso en la utilización de esta excepción general y clásica a la aplicación del derecho extranjero.

A este respecto corresponde remarcar que el artículo 26 dispone la única excepción a dicho reconocimiento: la violación al orden público del Estado requerido, en especial, a sus principios fundamentales o a los derechos y a las libertades individuales garantizadas por su Constitución. Observamos en este aspecto una mayor precisión terminológica que en la ya comentada Ley Modelo de UNCITRAL, al hacer referencia a los principios fundamentales, derechos y libertades individuales reconocidas en la Constitución, como conformadores del concepto o noción de orden público.

En definitiva, se consagra en materia de procedimientos de insolvencia, la libre circulación de las decisiones judiciales en el ámbito de la Unión Europea.

Asimismo, por el artículo 25.2 el reconocimiento y ejecución de las restantes resoluciones se regirán por el Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil o mercantil de 1.968 (hoy sustituido por el Reglamento 44/2001 del Consejo del 22 de diciembre de 2.000, en vigor desde el 1º de marzo de 2.001) "en la medida en que sea aplicable dicho Convenio" y salvo que dichas resoluciones impliquen una limitación de la libertad personal o del secreto postal (artículo 25.3) o transgredan el orden público (artículo 26).

Por su parte, las resoluciones concursales dictadas por tribunales europeos que no hayan asumido competencia al amparo del Reglamento, o de resoluciones provenientes de países extracomunitarios, el reconocimiento se concederá o denegará con base en las disposiciones nacionales.³¹⁴ Igual solución se aplicará cuando el deudor, por sus circunstancias personales, no pueda ser sometido a un procedimiento de insolvencia en los demás Estados contratantes.

³¹⁴ Así por ejemplo, España establece para estos supuestos, el procedimiento del exequátur en su artículo 220 de la Ley Concursal de 2.003.

La resolución de apertura del procedimiento principal producirá, en cualquier otro Estado miembro, sin necesidad de trámite alguno, los efectos que le atribuya la ley del país en que él se haya iniciado, desde el instante en que el concurso principal produzca esos efectos en el Estado de apertura.

El principio general se ve sólo limitado por:

- Cualquier disposición en contrario del propio Reglamento.
- La posible iniciación de un procedimiento secundario en el Estado miembro en el que se solicita el reconocimiento. El procedimiento secundario en la práctica implica que los efectos del procedimiento concursal extranjero no se producirán directamente, sino que se canalizarán a través de la apertura de este proceso secundario.

Por supuesto que los efectos del reconocimiento difieren según se trate de un procedimiento principal o secundario. En el primer caso, el reconocimiento de un procedimiento abierto en donde el deudor tiene su centro de los intereses principales no impide la apertura de otro procedimiento de carácter secundario, es decir donde el deudor tenga un establecimiento. Es más, en tal supuesto no será necesario, probar la situación patrimonial del insolvente. Pero, en caso de que no existan establecimientos en otros países de la Unión Europea o bien que ningún legitimado inste la apertura de un procedimiento secundario, el principal tendrá efectos universales, comprenderá a todos los bienes que el deudor tenga en el territorio de la UE y el síndico podrá desempeñar todas las facultades que le confiere el Reglamento.

Es decir, los efectos atribuidos por la ley del Estado de apertura se extenderán simultáneamente en todos los Estados de la UE que reconozcan el procedimiento principal y, como veremos seguidamente, el síndico tendrá amplios poderes, siempre que respete la ley del Estado miembro en que actúe, en especial, en lo que concierne a la ejecución de los bienes y mientras no se abra un procedimiento secundario, en cuyo caso, sus

poderes cesan respecto de los bienes situados en el Estado de apertura de éste y el síndico local será el único que tendrá facultades sobre ellos.

En caso del reconocimiento de un procedimiento secundario tal reconocimiento solo implica aceptar la validez de su declaración y sus efectos sobre los bienes situados en el Estado miembro donde se abrió el procedimiento secundario; los efectos son territoriales, no se despliegan más allá de las fronteras del Estado de su apertura, pero no podrán ser recurridos en los demás Estados miembros.

El síndico del concurso principal: Se destaca el reconocimiento automático de la condición de administrador del concurso, que ni siquiera está subordinado al cumplimiento de determinados requisitos de publicación en el Estado en el que intenta desarrollar sus actividades, o inscripción en un Registro Público, a menos que el Estado miembro en el que vaya a actuar obligue a ello (artículos 21 y 22).

En este sentido se afirma:

1) Que el síndico designado por el tribunal de origen podrá ejercer, en el territorio de los otros Estados miembros, todos los poderes que le hayan sido conferidos por la ley del Estado de apertura (artículo 18.1). Podrá trasladar los bienes del deudor fuera del territorio del Estado miembro en que se encuentren (artículo 18.1). No podrá en cambio, pronunciarse sobre litigios o controversias ni el uso de medios de apremios.

2) A su vez, el síndico podrá pedir la conversión de un procedimiento mencionado en el Anexo A del Reglamento, abierto anteriormente en otro Estado miembro, en un procedimiento de liquidación. Si ello pudiera resultar útil para los intereses de los acreedores del procedimiento principal (artículo 37).

3) Igualmente, cuando se hubiera nombrado un síndico provisional, con el fin de asegurar la conservación de los bienes del deudor, dicho síndico estará legitimado para solicitar cualquier medida cautelar sobre los bienes del deudor situados en otro Estado miembro. Deberá tratarse de una medida

prevista por la ley el Estado en que radique el bien, y la solicitud se realizará para el período comprendido entre la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la resolución de insolvencia (artículo 38).

Efectos del procedimiento secundario: El síndico del concurso secundario podrá hacer valer en cualquier otro Estado miembro, por vía judicial o extrajudicial, que un bien mueble ha sido trasladado del territorio del país de apertura al territorio de ese otro Estado, tras la iniciación del procedimiento de insolvencia secundario. Igualmente podrá ejercitar cualquier acción revocatoria conveniente para los intereses de los acreedores (artículo 18.2).

Efectos sobre la actividad de los acreedores: Se regulan aquellos supuestos en los que los acreedores, por el ejercicio de acciones individuales, pueden obtener satisfacción del deudor al margen del procedimiento concursal. El acreedor que, tras la apertura de un procedimiento principal, obtenga por cualquier medio, en particular por vía ejecutiva, un pago total o parcial de su rédito sobre los bienes del deudor situados en el territorio de otro Estado miembro, estará obligado a restituir al síndico lo que haya podido obtener (artículo 20.1).

Se admite la posibilidad de que la iniciación de procedimientos concursales paralelos, pueda permitir que un mismo acreedor obtenga satisfacción en un concurso y, a la vez, solicite participar en un nuevo reparto en otro procedimiento concursal. En esos casos y para garantizar la igualdad de trato de todos los acreedores, se señala que aquel acreedor que haya obtenido en un procedimiento de insolvencia un dividendo sobre su crédito, sólo participará en el reparto abierto en otro procedimiento, cuando los acreedores del mismo rango, o de la misma categoría, hayan obtenido, en ese otro procedimiento, un dividendo equivalente (artículo 20.2).

Seguidamente podremos observar en un cuadro comparativo las principales soluciones y características del Reglamento (CE) 1346/2000 y de la Ley Modelo (UNCITRAL).

	REGLAMENTO (CE)1346/2000	LEY MODELO UNCITRAL
Carácter	Extraterritorialidad – arts. 16.1 y 25 Estatuto personal: centro principal de intereses. Art. 2.b	Extraterritorialidad: arts. 31 y 15 Estatuto personal: centro principal de intereses
Ámbito de aplicación material	Procedimientos colectivos fundados en la insolvencia que implique el desapoderamiento total o parcial. Art. 1.1	Procedimientos colectivos judiciales o administrativos, voluntarios y obligatorios, liquidatorios o reorganizativos fundados en la insolvencia del deudor. Art. 2.a
Ámbito de aplicación territorial	Países miembros de la Unión Europea Excepto Dinamarca	Países que decidan adoptarlo como derecho interno.
Ámbito de aplicación temporal	Entró en vigor el 31 de mayo de 2002	Desde su adopción, o la modificación del derecho local, y conforme las normas de entrada en vigor del derecho nacional.
Sistema adoptado	Procedimiento principal: carácter universal y efectos extraterritoriales Procedimientos secundarios: carácter local con efectos territoriales. Fines liquidatorios	Procedimiento principal: carácter universal y efectos extraterritoriales Procedimientos secundarios: carácter local con efectos territoriales.
	<u>Procedimiento Principal:</u> tribunal del centro principal de los intereses del	<u>Procedimiento Principal:</u> Estado donde esté el centro de los intereses

Competencia	deudor.	principales del deudor (art. 2.b)
Posibilidad de iniciar procedimientos secundarios	Presunción: Personas Jurídicas – Domicilio social Personas Físicas – Residencia habitual <u>Procedimiento secundario:</u> Estado donde existan bienes. El Estado puede requerir además la existencia de un establecimiento.	Presunción: Personas Jurídicas – Domicilio social Personas Físicas – Residencia habitual <u>Procedimiento secundario:</u> Estado donde existan bienes. El Estado puede requerir además la existencia de un establecimiento.
Legitimación activa	<u>Procedimiento Principal:</u> Deudor – Acreedores <u>Procedimiento Secundario:</u> - Antes de la apertura del procedimiento principal: acreedores – de oficio por juez local. Arts. 3 y 4. A - Después de la apertura del procedimiento principal: Síndico. Art. 29 . a	<u>Procedimiento Principal:</u> Deudor - Acreedores <u>Procedimiento Secundario:</u> Representante extranjero (art. 11)
Sujetos concursables	Personas físicas o jurídicas; comerciantes o no comerciantes. Art. 1.1	Personas físicas o jurídicas; comerciantes o no comerciantes. Art. 1.1
Ley aplicable	Establece reglas de de conflicto <u>Procedimiento principal:</u> Lex concursus fori. Art. 4 Procedimiento secundario: Lex concursus fori. Art. 28 <u>Excepciones:</u> - Derecho reales. Art. 5 - Derecho de compensación	Artículo 31 - “... con arreglo a la legislación interna del Estado adoptante” <u>Excepciones:</u> Entidades bancarias y de seguros (artículo 12)

	<ul style="list-style-type: none"> - Derecho sobre la cosa vendida. Art.7 - Obligaciones del sistema financiero - Contrato de uso o adquisición de inmuebles. Art. 8 - Relaciones laborales. Art. 10 - Derechos sobre inmuebles, buques, o aeronaves. Art. 11 y 14. - Efectos del procedimiento de insolvencia. Art. 15 	
	<ul style="list-style-type: none"> - Procedimiento de insolvencia. - Procedimiento de liquidación - Síndico - Decisión - Momento de apertura del procedimiento - Tribunal - Estado miembro en el que se encuentre el bien - Establecimiento. 	<ul style="list-style-type: none"> - Procedimiento extranjero - Procedimiento extranjero principal - Procedimiento extranjero no principal - Representante extranjero - Tribunal extranjero.
Orden Público	Carácter excepcional. Art. 26	Carácter excepcional.
Paridad de dividendos	Art. 20.1 y 20.2	Art. 32
Acreedores extranjeros		Distingue pero no discrimina. Art. 13

Título III

Otras realizaciones sobre insolvencia

- a) Otras realizaciones sobre insolvencia a nivel mundial: Unión Europea – Banco Asiático de Desarrollo - Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo -Internacional Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals - Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial) – Asociación Internacional de Abogados - Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos - American Bar Association - American Law Institute - Internacional Insolvency Institute.
- b) La comunicación entre tribunales en la multiplicidad de procedimientos de insolvencia - Pautas Aplicables a las Comunicaciones de Tribunal -a- Tribunal en Casos Transfronterizos.

III.- a) Otras realizaciones sobre insolvencia a nivel mundial:

La importancia, la trascendencia del tema de la insolvencia internacional o transfronteriza, una vez más se pone de manifiesto en el gran número de trabajos realizados por diversas instituciones y organismos, nacionales e internacionales, gubernamentales o no, que desarrollan continuos esfuerzos tendientes a buscar una solución a cuestiones relacionadas con los derivados crediticios que influyen en la reestructuración de empresas, la situación de los trabajadores de empresas insolventes, la protección de sus derechos, la situación de los aseguradores, entre otras tantas cuestiones referidas, vinculadas a la insolvencia.

En el 38° período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, llevado a cabo en Viena del 4 al 15 de julio de 2005, fue realizado el siguiente resumen de las actividades en curso de las organizaciones internacionales respecto del régimen de insolvencia, y así se detalló:

1) Unión Europea: El 31 de mayo de 2.002, entró en vigor el Reglamento (CE) N° 1346/2000 de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia transfronteriza, que ya ha sido objeto de análisis en el presente capítulo.

Asimismo, a raíz de los debates del Parlamento Europeo acerca de la modificación de la Directiva del Consejo 80/987/CCE de 20 de octubre de 1.980 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, se creó un grupo especial de expertos de los quince (15) Estados miembros para que, en colaboración con la Comisión, consideraran, analizaran las principales dificultades que se plantean en la aplicación de la Directiva.

Como resultado de esas reuniones, en las que también se abordó la situación jurídica, social y económica de los trabajadores afectados por las nuevas formas de trabajo, se modificó aquella directiva mediante la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de setiembre de 2.002.

La dirección General de Empresa (DG), en sus proyectos relativos a los “Procedimientos Best” para efectuar análisis comparados de las cuestiones que se habían determinado que eran indispensables para alcanzar el objetivo de Lisboa³¹⁵, inició el proyecto “Reestructuración, quiebra y nuevo comienzo” como parte de los proyectos del “ProcedimientoBest”. En el año 2.002 se creó un grupo de expertos gubernamentales de catorce (14) Estados miembros, siete (7) países que habían presentado su candidatura para pasar a ser miembros de la Unión y Noruega. El informe definitivo del grupo de expertos *“Proyecto del ‘Procedimiento Best’ sobre reestructuración, quiebra y nuevo comienzo”* se publicó en septiembre de 2.003.

³¹⁵ En la reunión especial celebrada en Lisboa el 23 y 24 de marzo de 2.000, los dirigentes de la Unión Europea acordaron un nuevo objetivo estratégico para la Unión a fin de afianzar la reforma económica y del empleo y la cohesión social como parte de una economía basada en el conocimiento.

Como medida conexas y para establecer el programa de política empresarial, en el año 2.003 la Comisión publicó un libro verde “El espíritu empresarial”³¹⁶. Tras el debate público realizado sobre las formas de lograr que el equilibrio entre riesgo y recompensa sea más favorable a la empresa, en febrero de 2.004 la Comisión presentó un plan de acción, en el que se exponen una serie de medidas clave para abordar cinco (5) esferas prioritarias estratégicas.³¹⁷

La Comisión propuso que en el año 2.004, junto con los expertos de los Estados miembros, se elaboraran principios de quiebra, signos iniciales de dificultades financieras, razones para el fracaso, barreras que impiden empezar de nuevo y retratos, perfiles de empresarios fracasados y que han vuelto a empezar.

A su turno, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2001/24/CE relativa al saneamiento y liquidación de las entidades de crédito, que en el Plan de Acción de los Servicios Financieros se considera de suma prioridad, colma una gran laguna en la legislación de los servicios financieros. El objetivo de la Directiva es asegurar que, en caso de que una institución de crédito con sucursales en otros Estados miembros fracase, se aplicará a todos los acreedores e inversores un único procedimiento de liquidación. La Directiva entró en vigor el 5 de mayo de 2.001 y el plazo para la aplicación de la legislación en los Estados miembros expiró el 5 de mayo de 2.004.

La Directiva 2001/17/CE relativa al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguros también es parte integrante del Plan de Acción de los Servicios Financieros. Dispone que las autoridades competentes del Estado miembro en que esté autorizada la compañía (Estado miembro de origen) decidirán la iniciación de medidas de saneamiento y la apertura de procedimientos de liquidación respecto de las compañías de seguros,

³¹⁶Véase : http://europa.eu.int/comm/enterprise/entrepreneurship/green_paper/green_pape_final-en.pdf.

³¹⁷ Véase http://europa.eu.int/comm/enterprise/entrepreneurship/promoting_entremreneurship/doc/com.

conforme a la legislación nacional del Estado miembro de origen. Los procedimientos incluirán todas las sucursales de la compañía de seguros en la Comunidad y los acreedores serán debidamente informados y tratados sin discriminación, independientemente del Estado miembro en que residan. La Directiva entró en vigor el 20 de abril de 2.001 y el plazo para la aplicación de la legislación en los Estados miembros expiró el 20 de abril de 2.003.

2) Banco Asiático de Desarrollo (BAD): El BAD presta asistencia a los gobiernos a fin de mejorar los resultados de las instituciones públicas, sobre todo los tribunales, las instituciones de reglamentación y los ministerios de justicia, mediante el establecimiento de instituciones de capacitación jurídica, acceso a la capacitación a través de la web y material de investigación jurídica. La asistencia respecto de la reforma legislativa del régimen de la insolvencia incluye la Asistencia Técnica Regional (RETA) 5975: promoción de la cooperación regional en las reformas del régimen de la insolvencia, que se refiere a: a) las vías extrajudiciales de resolución, b) la intersección entre el régimen de la insolvencia y el régimen de las operaciones garantizadas y c) la insolvencia tranfronteriza. Se está terminando el informe definitivo.

3) Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD): En 2.004 el Banco completó su Estudio de los indicadores jurídicos en el tema de la insolvencia y su Evaluación del sector de la insolvencia para proporcionar a los interesados en casos de insolvencia una comprensión del alcance y la eficacia de los regímenes de insolvencia en 25 de los países miembros del Banco³¹⁸. El estudio de los indicadores jurídicos va más allá del derecho teórico; en él se evalúa la forma en que la legislación, junto con el marco institucional local de cada país (incluidas las normas de procedimiento, los tribunales y magistrados y los administradores de la insolvencia), se esfuerzan por crear un régimen jurídico de la insolvencia funcional (o

disfuncional). En la Evaluación del sector de la insolvencia se utiliza una guía amplia, constituida por una compilación de las principales normas internacionales en materia de insolvencia, para medir si un determinado país cumple esas normas. Tomando como base los datos reunidos por el Banco en el Estudio y la Evaluación, se ha podido efectuar una comparación sin precedentes del alcance y la eficacia de los regímenes de la insolvencia en todos los países miembros del Banco.

4) Internacional Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals (INSOL): La INSOL está preparando diversas publicaciones sobre:

- i) Sistemas de garantía de depósitos, que abarca seis estudios nacionales acerca de sus respectivos sistemas de garantía de depósitos: Estados Unidos, el Canadá, Reino Unido, Hong Kong, los Países Bajos y el Japón;
- ii) Derechos de los trabajadores: 25 estudios nacionales sobre cuestiones que afectan a los trabajadores en los casos en que el empresario tiene dificultades financieras o pasa a ser insolvente, en particular se analiza: qué se entiende por trabajador a los efectos del régimen oficial de la insolvencia, sus derechos en la insolvencia, trato prioritario, responsabilidad personal de los directores respecto de los salarios no pagados, redes de seguridad reglamentarias, y en caso de que una empresa insolvente se venda, las responsabilidades de quienes la hayan adquirido respecto de las reclamaciones de los trabajadores.
- iii) "Directors in the Twilight Zone": (Directores en "zona gris") segunda edición, se refiere a 21 países;
- iv) Calificaciones y conocimientos de los profesionales de la insolvencia: un estudio mundial de la información relativa a los nombramientos y calificaciones, el proceso de selección, la supervisión, la remuneración y reglamentación de los profesionales;
- v) Estudio del mercado mundial;

³¹⁸ Véase <http://eee.ebrd.com>

vi) Proyecto de derivados crediticios: promover una mejor comprensión y conocimiento de las cuestiones relacionadas con los derivados crediticios que influyen en la reestructuración de empresas.

INSOL sigue patrocinando con la CNUDMI los coloquios judiciales multinacionales sobre insolvencia transfronteriza.

5) Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial): El Banco Mundial ha preparado un proyecto de Principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores, que mide la eficacia de los sistemas de insolvencia y de derechos de los acreedores y ofrece a quienes adoptan las líneas rectoras sobre las opciones políticas necesarias para establecer o afianzar un sistema funcional a fin de que haya relaciones saludables entre deudores y acreedores. El proyecto de principios ha sido utilizado por el Banco Mundial para evaluar los sistemas de insolvencia y de derechos de los acreedores de los países, mediante informes sobre la observancia de los códigos y normas (ROSCs). En la esfera de los marcos institucionales relacionados con la insolvencia, en 2.003 y 2.004 el Banco Mundial organizó Foros Globales de Jueces para fomentar un diálogo entre los jueces que se encargan de las ejecuciones comerciales y los sistemas de insolvencia y para ayudar al Banco Mundial a preparar una guía sobre las prácticas judiciales en materia de insolvencia.

Prosiguen las consultas entre el Banco Mundial, la secretaría de la CNUDMI y el Fondo Monetario Internacional para lograr:

- a) que haya concordancia entre los principios y líneas rectoras del Banco Mundial para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores, por una parte, y la Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia y el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, por la otra;
- b) la preparación de una norma internacional en materia de insolvencia.

6) Asociación Internacional de Abogados: La Sección de insolvencia, reestructuración y derechos de los acreedores (SIRC) de la División Jurídica de la Asociación Internacional de Abogados efectúa diversas actividades en la esfera del régimen de la insolvencia. Por ejemplo, colabora con otras organizaciones internacionales (la CNUDMI, el Banco Mundial, el FMI) para reforzar la certeza gracias a la reforma del régimen de la insolvencia y, en particular, los miembros se han ocupado de elaborar propuestas que han presentado a la CNUDMI respecto de la labor futura en la esfera del régimen de la insolvencia. Sirve de enlace entre los órganos reglamentarios multinacionales y nacionales y otras instituciones internacionales, como el Grupo de los 30 e INSOL International. En mayo de 2.005, la Sección se reunió con INSOL Europa para ocuparse, entre otras cosas de la promoción y cooperación respecto de proyectos relativos a la insolvencia internacional, presentando el 20 de mayo una resolución al Consejo de la División Jurídica de la Asociación para que tome conocimiento y haga suya la Guía legislativa de la CNUDMI sobre régimen de la insolvencia.

Los miembros del SIRC contribuyen todos los años al informe del Banco Mundial titulado Doing Business en lo relativo a la situación y contenido de las leyes de insolvencia de países del mundo entero.

7) Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE): Desde 1.992 la Dependencia de privatización y reforma empresarial de la OCDE ha participado en un proceso de elaboración de normas y políticas para los gobiernos con economías de mercado emergentes y en transición en la esfera de la reforma jurídica, centrada en la privatización, la insolvencia y el derecho empresarial. En el marco de su programa especial para Asia, la OCDE creó el Foro para la reforma de la insolvencia, junto con la Cooperación Económica en Asia y el Pacífico (APEC), y Banco Asiático de Desarrollo (BAD), con ayuda de los Gobiernos de Japón y de Australia, a fin de seguir elaborando y manteniendo un diálogo respecto de la reforma del régimen de insolvencia entre personal asiático encargado de las

formulaciones de políticas y los profesionales de la región; y ayuda para determinar las necesidades de asistencia técnica de cada país, de modo que los donantes bilaterales o las instituciones multilaterales pudieran tenerlos en cuenta. Hasta la fecha se han celebrado cuatro reuniones (Bali, febrero 2.001, Bangkok, diciembre de 2.002, Seúl en noviembre de 2.003 y Nueva Delhi en noviembre de 2.004), y se previó celebrar durante el 2.005.

8) American Bar Association (ABA): El Comité de asesoramiento sobre reorganización empresarial (SABRE) es un comité especial de la Sección del Derecho Empresarial de la ABA que se encarga de analizar los problemas de tiempo y costo de las reorganizaciones empresariales con arreglo a la legislación de quiebra de los Estados Unidos y de hacer recomendaciones respecto de las mejoras que podrían introducirse en la legislación.

SABRE I, publicado en 2.001, hizo tres recomendaciones: a) que se dispusiera de un procedimiento de resolución al que se recurriría antes de aplicar el Capítulo 11, y en virtud del cual se prohibiría al deudor que hiciera transferencias extraordinarias y a los acreedores que entablaran acciones. La suspensión del procedimiento sería corta, de 30 a 60 días y el tribunal la podría prorrogar, pero no más de 120 días, b) en un caso de reorganización previsto en el Capítulo 11, que permitiera al tribunal que nombrara a un “facilitador del plan” que contribuyera a lograr un consenso respecto de las condiciones del plan de reorganización, c) en un caso de reorganización (Capítulo 11) que se permitiera a un tribunal que nombrara a uno o más expertos comerciales neutrales para el procedimiento de insolvencia a fin de facilitar la difusión de los datos empresariales.

SABRE II, publicado en 2.004, hizo posrecomendaciones referidas a la participación del acreedor en los procedimientos de reorganización: a) para limitar el número de comités de acreedores a uno sólo, salvo circunstancias extraordinarias, b) en casos de reorganización más pequeños en que los acreedores tuvieran poco interés en constituir un comité, para disponer el nombramiento de un “representante de los acreedores” a fin de

que se negociara un plan de reorganización en nombre de los acreedores no garantizados. La tercera recomendación consistía en conceder a los tribunales una gran flexibilidad para nombrar inspectores y para que las facultades de que gozaban en los procedimientos de reorganización fueran más allá de simples facultades de investigación.

9) American Law Institute (ALI): El proyecto del ALI titulado “Insolvencia transnacional: la cooperación entre los países del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)” fue una respuesta al creciente número de quiebras de empresas multinacionales en los países miembros del Tratado. En 2.003 se publicaron cuatro (4) volúmenes: uno sobre los principios de cooperación entre los países del TLCAN, que da una idea general del proyecto y contiene recomendaciones específicas. Los otros tres, sobre la quiebra y contienen los principios que rigen los casos de insolvencia multinacional en los que hay activos en uno o varios de esos tres (3) países del TLCAN.

10) Internacional Insolvency Institute (III): El instituto dispone de diversos comités que investigan y evalúan diferentes temas relacionados con la insolvencia, entre otros: la financiación de la insolvencia transfronteriza (elaborar sistemas y/o procedimientos que faciliten la capacidad de reorganizar una empresa que funciona a nivel internacional para obtener financiación a fin de que esa empresa pueda seguir adelante); responsabilidades empresariales y profesionales (comparando las responsabilidades del personal interno y de los profesionales en relación con los procedimientos de insolvencia); comunicaciones transfronterizas en casos de insolvencia (promover la aplicación de las Pautas Aplicables a las Comunicaciones entre Tribunales en casos Transfronterizos); procedimientos internacionales agilizados de reorganización (preparar procedimientos agilizados para facilitar las reorganizaciones y reestructuraciones internacionales); insolvencia de entidades soberanas o

estatales; litigios transnacionales; prioridades fiscales en la quiebra, acontecimientos en la Unión Europea, América Latina y Asia.

III.- b) La comunicación entre tribunales en la multiplicidad de procedimientos de insolvencia.³¹⁹

La cooperación entre tribunales tiene claras ventajas para todas las partes que se encuentren envueltas en casos de insolvencia y reorganización que se extiendan más allá de las fronteras de un país.

Uno de los elementos esenciales de la cooperación en los casos transfronterizos es la comunicación entre las autoridades administrativas de los países involucrados, ello no solo en los tribunales ante los que se tramitan los procedimientos de insolvencia y reorganización, sino también reviste suma importancia que los tribunales supervisores puedan coordinar sus actividades para asegurar que las personas que tengan intereses en las empresas concursadas reciban el beneficio máximo.

Cono ya analizáramos, el beneficio de las comunicaciones entre tribunales en procedimientos internacionales ha sido puesto de manifiesto por las Naciones Unidas en la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza, desarrollada por la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL, o CNUDMI en sus siglas en francés).

Así, en el Capítulo IV, destinado a la Cooperación con tribunales y representantes extranjeros establece que el tribunal deberá cooperar en la medida de lo posible con los tribunales extranjeros o los representantes extranjeros, ya sea directamente o por el conducto que establezcan, quedando facultado para ponerse en comunicación directa con los tribunales o representantes extranjeros, para recabar información o asistencia directa de los mismos (artículo 25 de la Ley Modelo).

Los beneficios que presenta establecer una fluida comunicación también han sido reconocidos por el Reglamento de la Unión Europea

1346/2000 sobre Procedimientos de Insolvencia, que obtuvo efectividad en los Países Miembros de la Unión Europea en 2.002.³²⁰

Según vimos al analizar dicho instrumento, el deber de cooperación jurisdiccional puede observarse en las obligaciones de comunicación y cooperación recíproca impuestas a los síndicos de los procedimientos principal y secundarios. A su respecto se establece:

Artículo 31: *“Obligaciones de información y cooperación. 1. Sin perjuicio de las normas que limitan la comunicación de información, el síndico del procedimiento principal y los síndicos de los procedimientos secundarios están obligados por un deber de información recíproca. Deberán comunicar sin demora toda información que pueda resultar útil para el otro procedimiento, en especial el estado de la presentación y verificación de los créditos y las medidas destinadas a poner término al procedimiento. 2. Sin perjuicio de las normas aplicables a cada uno de los procedimientos, el síndico del procedimiento principal y los síndicos de los procedimientos secundarios, estarán sometidos a un deber de cooperación recíproca. 3...”*

Esta misma inquietud se ha planteado entre los países del Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y los Estados Unidos y fueron desarrolladas en el Proyecto de Insolvencia Transnacional las Pautas Aplicables a las Comunicaciones de Tribunal –a- Tribunal en Casos Transfronterizos, y a cuyas disposiciones y novedosas soluciones nos ceñiremos a continuación.

Pautas Aplicables a las Comunicaciones de Tribunal -a- Tribunal en Casos Transfronterizos:

Las Pautas Aplicables a las Comunicaciones de Tribunal – a- Tribunal en Casos Transfronterizos, en lo sucesivo “las Pautas”³²¹, fueron

³¹⁹ Un adelanto nuestro de este tema puede verse en “La comunicación entre tribunales en la multiplicidad de procedimientos de insolvencia” Ed. Albremática – www.elDial.com – Suplemento de Derecho Internacional Privado noviembre 2.005.

desarrolladas por el American Law Institute durante y como parte de su Proyecto de Insolvencia Transnacional y su uso en casos transfronterizos está específicamente permitido y sugerido.

Tienen por finalidad principal, establecer principios de Cooperación entre los países del Tratado de Libre Comercio entre Canadá, Estados Unidos de Norteamérica y México.

El American Law Institute dio su aprobación final al trabajo del Proyecto de Insolvencia Transnacional del ALI en mayo de 2.000. El mismo consistió de cuatro (4) volúmenes publicados, después de un retraso requerido por la necesidad de incorporar un nuevo Código de Quiebras Mexicano, en el 2.003 bajo el título de *Insolvencia Transnacional: Cooperación entre los Países del TLC*. Dichos volúmenes incluyeron tanto la primera fase del proyecto, Informes separados sobre las leyes de quiebra del Canadá, México y los EE.UU, y la fase culminante del proyecto, un volumen incluyendo los *Principios de Cooperación entre los Países del TLC*. Todos reflejaron el trabajo común de los equipos de Reporteros y Consejeros de cada uno de los tres países del TLC y una perspectiva completamente transnacional.

Como derivado de este trabajo en el volumen de Principios, las Pautas, formaron parte originalmente del Apéndice B de dicho volumen, y fueron aprobadas por el ALI en el año 2.000 con el resto del Proyecto que reunió a profesionales de la insolvencia, abogados, jueces y académicos de tres (3) sistemas distintos de derecho. Sabido es que México pertenece a la tradición del derecho continental romanista, EEUU al common law y Canadá conjuga un sistema dual de disposiciones.

Para logro de la finalidad declarada, fue menester que todos los participantes entendieran cabalmente las normas y el funcionamiento de cada uno de estos sistemas, lo que permitió generar una serie de principios

³²⁰ Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2.000 sobre procedimientos de insolvencia. Diario oficial n. L 160 de 30 de junio de 2.000.

³²¹ Adoptadas y promulgadas por el American Law Institute en Washington, D.C. el 16 de mayo de 2.000; y por el International Insolvency Institute en New York el 10 de junio de 2.001.

consistentes que resultan de gran utilidad en su aplicación a las insolvencias transnacionales en los tres países del Tratado de Libre Comercio de las Américas.

Las Pautas, sin embargo, han sido traducidas y diseminadas mundialmente, citadas y aplicadas por tribunales, e independientemente aprobadas tanto por el International Insolvency Institute y el Insolvency Institute of Canada. Además, aunque como ya dijimos fueron desarrolladas inicialmente en el contexto de un proyecto dirigido a la cooperación entre los tribunales de quiebras en los países del TLC, han sido adoptada por el foro de quiebras del International Insolvency Institute, que incluyen miembros de más de 40 países, extendiendo considerablemente su campo de aplicación.

Asimismo se sostiene que no existe razón para limitar las Pautas a los casos de insolvencias, ya que pueden resultar útiles en cualquier situación donde se necesiten normas sensibles y coherentes para la cooperación entre tribunales envueltos en litigios impuestos en más de un país.

El International Insolvency Institute ha organizado y supervisado la traducción de las Pautas al Francés, Alemán, Italiano, Koreano, Japonés; Chino, Portugués, Ruso, Sueco y por su parte el American Law Institute ha efectuado su traducción al Español. Tal como lo han manifestado los Directores de ambos organismos, las traducciones asegurarán su accesibilidad universal, y “ayudarán a promover mejor comunicación, y por ende mejor entendimiento entre los diversos tribunales y sistemas legales a través de nuestro mundo cada vez más globalizado”.³²²

A su turno, el Director del International Insolvency Institute E. Bruce Leonard expresó que el uso de las Pautas en casos internacionales efectuará un cambio positivo permanente en las insolvencias y reorganizaciones internacionales.³²³

No se pretende que las Pautas cambien, alteren o modifiquen los reglamentos o procedimientos domésticos que se apliquen en algún país y

³²² Ver Prólogo LIEBMAN, Lance - Director del American Law Institute. Enero de 2.004.-

no es tampoco la intención de afectar o limitar los derechos sustantivos de cualquier parte envuelta en procedimientos ante los tribunales, ni el derecho de jurisdicción alguna. La intención, el propósito de las Pautas es el facilitar y animar la cooperación en casos internacionales, mientras se observen todos los procedimientos y reglas aplicables, respectivamente ante los tribunales que estén envueltos en el mismo. Pueden ser modificadas para cumplir, o con el derecho procesal de la jurisdicción involucrada, o con circunstancias particulares en casos individuales con el motivo de crear el mayor nivel de cooperación posible entre los tribunales al tratar con una insolvencia o liquidación transnacional.

Por otra parte, una de sus características importantes es su ductibilidad. No se supone que las Pautas sean estacionarias, sino que se las adapte y modifique según las circunstancias y particularidades de los casos individuales y que éstas cambien y evolucionen según la comunidad de insolvencia internacional vaya ganando experiencia al trabajar con ellas.

Garantías de transparencia

No obstante la búsqueda de la cooperación entre tribunales, las comunicaciones directas entre jueces, o entre jueces y administradores en un país extranjero pueden suscitar cuestiones de credibilidad y de procesos inadecuados, es por ello que las Pautas tienen como fin permitir la cooperación rápida en el caso de insolvencia y al mismo tiempo asegurar que todas las partes afectadas reciban las debidas garantías procesales.

El tribunal que tenga intenciones de utilizar las Pautas, ya sea en parte o en su totalidad, con o sin modificaciones; deberá adoptarlas formalmente antes de aplicarlas. Puede asimismo establecer como condición de su aplicación que el otro tribunal también las adopta en forma sustancialmente similar, para asegurar que los jueces, abogados, y las partes no se vean sujetos a distintos estándares de conducta.

³²³ Ver Prólogo del Director del Presidente del Internacional Insolvency Institute, E. Bruce Leonard. Toronto, Notario, marzo de 2.004.

La decisión de su adopción deberá ser notificada a las partes y abogados, de igual modo que se notificaría cualquier decisión procesal importante bajo circunstancias similares, y de ser necesario, se incluirán los requisitos de notificación que se usen en situaciones urgentes o de emergencia. Es decir que la forma de dicha notificación dependerá de la *lex procesal fori*.

Respecto a quienes son las partes con derecho a ser notificadas, así como al tipo de consideración que el juez dará a las objeciones que se planteen, están gobernadas por las normas del derecho procesal de cada jurisdicción (*lex fori*) ya que las Pautas, no abarcan dichas cuestiones.

Principios y características de las comunicaciones:

Según lo establecido en la pauta número dos (2), cada tribunal podrá comunicarse con el otro, en conexión a asuntos relacionados con cuestiones que se tramitan ante él, a fin de coordinar y armonizar dichos procedimientos con aquellos pertenecientes a la otra jurisdicción.

Regula o establece, principalmente, las comunicaciones directas a desarrollarse entre los Tribunales de los distintos Estados, las comunicaciones que el Tribunal del Estado efectúe con un Administrador o Representante de insolvencia en otra jurisdicción, así como las comunicaciones que el tribunal extranjero realice al Administrador o Representante autorizado en el Estado adoptante.

Las comunicaciones entre un Tribunal a otro podrán efectuarse de las siguientes maneras:

- a) Por medio de envío o transmisión de copias de órdenes formales, sentencias, dictámenes o razones de las decisiones, ratificaciones, transcripciones de procedimiento u otros documentos; previo aviso a los abogados de las partes afectadas, en la forma que el Tribunal considere apropiado.
- b) Ordenando a los abogados o al Administrador de Insolvencia nacional o extranjero que transmita o entregue copias de documentos, alegatos, declaraciones juradas, exposiciones de hechos, escritos u

otros documentos que formen o vayan a formar parte del expediente de un tribunal a otro, en la forma que fuere apropiada y previo aviso a los abogados de las partes afectadas.

- c) Participando en comunicaciones bilaterales entre tribunales en forma de teleconferencia, con o sin video, o por otros medios electrónicos. En estos casos, los abogados de todas las partes afectadas deberán tener derecho a participar personalmente durante la comunicación, debiendo ser notificadas con anticipación. La comunicación deberá ser grabada y se podrá transcribir considerándose a la misma como transcripción oficial de la comunicación. Copias de cualquier grabación, transcripción oficial preparada deberá formar parte del expediente de los procedimientos y estar disponibles a los abogados de las partes en ambos Tribunales, sujeto a las instrucciones de confidencialidad que los Tribunales consideren apropiados. Asimismo, para efectuar los arreglos necesarios para la comunicación, tanto los Jueces, como el resto del personal de cada Tribunal podrán comunicarse libremente el uno con el otro, sin necesidad de que participen los abogados, salvo que cualquiera de los Tribunales ordenase algo diferente.

También prevé, salvo que el Tribunal ordenase lo contrario, que las comunicaciones se establezcan entre el Tribunal y un Representante autorizado del Tribunal extranjero o un Administrador de Insolvencia extranjero, podrán efectuarse por teleconferencia, con o sin video o por otros medios electrónicos siendo que en esos casos:

- a) Todas las partes deberán ser notificadas con anticipación y los abogados de toda parte afectada deberán tener derecho de participar personalmente durante la comunicación.
- b) La comunicación deberá ser grabada y se podrá transcribir pudiendo considerarse ésta como la transcripción oficial de la comunicación.

- c) Copias de cualquier grabación de comunicación, transcripción preparada conforme las instrucciones del Tribunal o transcripción oficial deberán formar parte del expediente de los procedimientos y estar disponibles al otro Tribunal y a los abogados de las partes en ambos Tribunales, sujeto a las instrucciones de confidencialidad que el Tribunal considere apropiadas.
- d) A igual que en el supuesto anterior, aparte de los Jueces, todo el personal del Tribunal podrá comunicarse libremente con el Representante autorizado del Tribunal extranjero o el Administrador de Insolvencia extranjero para efectuar los arreglos necesarios para dicha comunicación, sin necesidad de que participen los abogados, salvo disposición en contrario.

El principio de la libre, directa comunicación entre el personal de los Tribunales a los fines de acordar el desarrollo de las comunicaciones, vuelve a establecerse en el supuesto de efectuarse la Audiencia de Vista conjunta prevista en la pauta número nueve (9), ello con el fin de establecer los parámetros para la presentación de las peticiones, coordinar y dirimir cualquier cuestión procesal, administrativa o preliminar relacionada con dicha audiencia conjunta, como asimismo con posterioridad a su celebración con el fin de determinar la posibilidad de que ambos tribunales expidan órdenes coordinadas, entre otras cuestiones.

En la referida Audiencia de Vista conjunta, cada tribunal deberá poder escuchar simultáneamente los procedimientos en el otro tribunal. Los materiales escritos o probatorios presentados o a ser presentados ante uno de los Tribunales deberán ser transmitidos al otro Tribunal o estar disponibles electrónicamente en un sistema accesible al público con anterioridad a la vista, sin que ello implique el sometimiento de la parte que los haya presentado a la competencia del otro Tribunal.

El Representante de cada una de las partes deberá hacer radicaciones o solicitudes exclusivamente ante el Tribunal frente al cual comparece, salvo que el otro Tribunal específicamente autorice a dicho

representante para someter sus radicaciones. El Tribunal deberá aceptar que las órdenes emitidas durante la sustanciación del proceso en la otra jurisdicción han sido hechas o inscritas de manera legal y propia y aceptar que dichas órdenes no requieren prueba ni certificación adicional de sus copias para fines de las actuaciones del Tribunal, excepto en caso de objeción apropiada por causas válidas y sujeto a las reservaciones que pudiera tener el Tribunal sobre su conveniencia en relación con los procedimientos de apelación o revisión relacionados con dichas órdenes.

Asimismo y con los recaudos o reservas referidas anteriormente, se dispone que el Tribunal deberá reconocer y aceptar como auténticas las disposiciones de las leyes, los reglamentos estatutarios o administrativos y las normas procesales de aplicación general sobre los procedimientos de la otra jurisdicción, sin que sea necesario ofrecer pruebas adicionales ni certificar copias de éstas.

Conviene en este punto detenernos a resaltar la importancia o trascendencia de la pauta referida, en cuya elaboración participaron juristas y académicos pertenecientes al Common Law, en cuanto implica la aceptación de la postura savigniana respecto a la consideración de la ley extranjera como derecho que no deberá ser sometido a prueba, dejando de lado la postura de los autores de la escuela angloamericana³²⁴ para quienes el derecho extranjero es un hecho que las partes que pretendan su aplicación deberán invocar, alegar y probar.

Ello quizás nos haga reflexionar respecto a la firmeza y convicción en la defensa de los principios que consideramos válidos para la regulación, vigencia y adopción con respecto a las situaciones o relaciones internacionales, convicción con la que deben encararse los procesos de codificación y armonización, en la que suele abdicarse por la impresión de la

³²⁴ Sin pretender profundizar en el debate doctrinario respecto a la interpretación que corresponde efectuar al artículo 13 de nuestro Código Civil, corresponde recordar que el codificador sigue en este punto a Joseph Story, "Conflict of Laws", aclarando, además en la nota a dicha norma que "*La ley extranjera es un hecho que debe probarse. La ley nacional es un derecho que simplemente se alega sin depender de la prueba.*" Ver Dalmacio Velez Sarsfield, nota al Artículo 13 del Código Civil de la República Argentina.

“superioridad” de los ordenamientos de las naciones avanzadas (económicamente), las que como vemos, deciden la conveniencia de la adopción de un principio u otro en virtud a la practicidad de la solución a la que pretende arribarse.

Corresponde destacar que, como es de suponer, las Pautas establecen que cualquier disposición podrá ser suplementada, modificada y replanteada, de tiempo en tiempo y dichos suplementos, modificaciones y nuevos planteamientos deberían surtir efecto al momento de su aprobación por cada uno de los Tribunales, siendo que, si cualquier Tribunal que tenga intenciones de suplementar, cambiar o abrogar cualquier Disposición expedida bajo estas Pautas sin que hubiere la aprobación conjunta de ambos Tribunales, el Tribunal deberá notificar sus intenciones con tiempo razonable a los otros Tribunales involucrados.

Notificación a las partes no residentes:

En la pauta número doce (12) se establece la confección de una Lista de Notificación Judicial que debe incluir las partes con derecho a recibir notificaciones judiciales de los procedimientos ante el Tribunal de la otra jurisdicción busca coordinar (Partes No Residentes), pudiendo ordenarse que todas las notificaciones, solicitudes, mociones y otros materiales entregados sean proporcionados y notificados poniéndolos a disposición por vía electrónica en un sistema de acceso público, o por medio de fax, correo certificado o registrado, o por medio de entrega por servicio de mensajeros o en cualquier otra forma que determine el Tribunal de acuerdo con la *lex fori*.

Intervención del Administrador o Representante:

El Tribunal podrá expedir una orden o dar instrucciones que autoricen al Administrador de la quiebra en el extranjero o al representante de los acreedores en los procedimientos que se tramitan en la otra jurisdicción, o al Representante autorizado frente al Tribunal, sin que el hecho signifique la aceptación de la jurisdicción de dicho Tribunal (Pauta 13).

Para concluir cabe resaltar asimismo se dispone (Pauta 17) que los acuerdos contemplados bajo estas Pautas no constituyen un compromiso o renuncia por parte del Tribunal de sus facultades, responsabilidades o de su autoridad, y no representan una decisión sustantiva sobre la materia en conflicto que se sustancia ante cualquiera de los dos Tribunales ni una renuncia por una de las partes a sus derechos sustantivos y reivindicaciones o una merma de los efectos legales de una de las decisiones expedidas por cualquier de los dos Tribunales.

Vemos que resulta manifiesto que las Pautas, no tienen por finalidad modificar ningún aspecto de la ley nacional, -ni sustancial ni procesal- referida al tema de la insolvencia transnacional y de la reorganización empresarial, ni modificar las cuestiones jurisdiccionales o de competencia, ya que ello excedería de la materia por ellas objeto de regulación. Solo buscan establecer parámetros de comunicación flexible y directa adoptando los más variados y modernos medios de comunicación, (fax, internet, teleconferencia); tanto entre los Tribunales, como también respecto a los empelados, representantes y Administradores, sujetos a determinadas condiciones que garanticen la bilateralidad, como ser la información y aviso de las comunicaciones, documentos presentados y actos a realizar, a todas las partes interesadas y sus abogados.

Sin temores, recelos o desconfianzas respecto de la colaboración jurisdiccional y la actuación de los tribunales extranjeros, nuevas formas de comunicación son aceptadas en los modernos instrumentos que buscan simplificar todas las cuestiones relativas o relacionadas a la insolvencia transnacional, en razón de sus características y la finalidad de optimizar la consecución de los objetivos que ahora se reconocen al proceso falencial.

La Cooperación Internacional

PAUTAS AMERICAN LAW INSTITUTE	REGLAMENTO (CE) 1246/2000	LEY MODELO
<ul style="list-style-type: none"> - Comunicación entre Tribunales para coordinar y armonizar procedimientos. Pauta 2. - Comunicación directa entre Tribunales con el Administrador de insolvencia extranjera o Representante autorizado. Pauta 3 - Comunicación directa del Administrador de insolvencia con: <ul style="list-style-type: none"> - Tribunal extranjero. - Administrador de insolvencia extranjero - Representante autorizado. Pauta 4 - Comunicación del Tribunal extranjero, Administrador de Insolvencia extranjera o Representante autorizado. <p>Medios de comunicación autorizados:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Envío o transmisión de copias de órdenes formales, sentencias, dictámenes. - Envío a través de abogados, o administradores de insolvencia nacional o extranjera, de copias de documentos, alegatos, declaraciones, etc. - Comunicaciones bilaterales 	<p>Art. 31.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Reconocimiento automático de la condición de administrador. Art. 21 y 22 - Reconocimiento de las facultades del síndico del procedimiento principal. Art. 18.1 y 37. - Reconocimiento de la actuación del síndico provisional. Art. 38. - Actuación del síndico del procedimiento secundario. Art. 18.2. 	<ul style="list-style-type: none"> - Deber de cooperación, comunicación directa con el tribunal extranjero. Art. - Acceso directo del Representante extranjero. Arts. 9 a 12 <p>Formas de cooperación: Art. 27.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Nombramiento de persona y órgano para actuar bajo dirección del tribunal. - Comunicación de información por cualquier medio. - Coordinación de la administración y la supervisión de los bienes y negocios del deudor. - La aprobación o aplicación de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos. - Coordinación de los procedimientos simultáneos. - Otras formas de colaboración que el Estado que incorpora la Ley Modelo adopte.

<p>por: teleconferencia u otro medio electrónico.</p> <p>- Celebración de Audiencia de Vista Conjunta.</p>		
--	--	--

Colofón

Del análisis comparativo antes efectuado de los instrumentos destinados a regular la insolvencia transnacional e inter-regional podemos advertir la aceptación clara de aquellas características y principios receptores de la extraterritorialidad de la falencia en una consideración personal del estatuto o ley que debe regir el proceso, manifestados y puestos en evidencia en la extensión de la condición de fallido fuera del territorio del tribunal que ha declarado la insolvencia, en el reconocimiento de la actuación del síndico o representante de la insolvencia extranjera, en la disponibilidad de los remanentes, entre otras cuestiones.

Así se encuentra establecido en los artículos 16.1 y 25 del Reglamento de la Unión Europea y en los artículos 31 y 15 de la Ley Modelo de UNCITRAL. Es decir que se inclinan por adoptar el principio de la extraterritorialidad de la insolvencia, si bien no en su forma pura o de una manera absoluta, sino con algunas limitaciones que conducen a la doctrina a manifestar, a sostener la existencia de un sistema mixto.

Observamos la coincidencia en el abandono del criterio territorialista, que como vimos fundado en un falso proteccionismo de la soberanía y economía nacionales, limitan la declaración de quiebra del fallido al territorio del Estado en el que pudo demostrarse el estado de cesación de pagos.

Tristemente, la Argentina es un claro ejemplo que la interpretación restrictiva del principio de la extraterritorialidad, o la adopción de pautas territorialistas no pueden impedir el colapso económico, no son protección suficiente ni de las economías nacionales, ni de la industria. ni de los acreedores locales si la política macroeconómica nacional no es consistente. El debilitamiento de la economía nacional, la desprotección del crédito, no son “culpas o deficiencias” atribuibles a la extraterritorialidad de la ley.

Como ya expresáramos al desarrollar los Tratados de Montevideo, partimos de afirmar, de sostener que la extraterritorialidad está determinada única, y fundamentalmente por el reconocimiento de la declaración de

insolvencia fuera de las fronteras del Estado que lo dicta, independiente ello de la adopción de un trámite único, o una pluralidad de procesos concursales, pero que se dan, que se producen como consecuencia de reconocer aquellos efectos de manera extraterritorial. La extraterritorialidad no es, entonces, sinónimo de unidad de procedimiento.-

Esta afirmación vuelve a ponerse en evidencia, se confirma en el sistema regulado en estos instrumentos que refieren, reconocen, regulan la tramitación de un procedimiento principal y otros procedimientos secundarios que parten del reconocimiento de la insolvencia demostrada, declarada con anterioridad (en la mayoría de los casos) en el procedimiento principal.

Por nuestro respeto y admiración por los congresistas americanos nos atrevemos a recordar la solución dada en los Tratados de Montevideo que más de sesenta (60) años antes que los legisladores europeos, y basados también en el sistema de la extraterritorialidad del auto declarativo de la quiebra, regulan la tramitación de un procedimiento único, y la posibilidad de tramitar juicios locales.

La extraterritorialidad también se manifiesta en los instrumentos ahora en estudio, en el reconocimiento de la actuación de las sindicaturas de los procedimientos extranjeros, que más allá del deber de información y colaboración al que referimos oportunamente, están facultados para “actuar” en el otro proceso. Así se encuentra determinado en el artículo 31.3 del Reglamento 1346: *“... el síndico del procedimiento secundario deberá permitir al síndico del procedimiento principal, con tiempo suficiente, que presente propuestas relativas a la liquidación o a cualquier otra utilización de los activos del procedimiento secundario”*. A su turno el artículo 32.2 *“... El síndico de un procedimiento principal o secundario estará habilitado para participar en otro procedimiento en las mismas condiciones que cualquier acreedor, en particular, formando parte de una junta de acreedores”*.

La posibilidad de acceso directo de los representantes de las quiebras extranjeras se encuentra reconocida y regulada en la Ley Modelo desde el artículo 9 hasta el 12.

A su turno, consideramos que una particularidad de la quiebra regional se observa en la necesidad de coordinar los distintos procedimientos (principal/secundarios o juicios locales). Ella es una de las características destacables del sistema adoptado por el Reglamento 1346/2000. Efectivamente, y con independencia del momento en que se abra el proceso secundario, debe imperar la coordinación entre el procedimiento principal y los secundarios. A tal fin es esencial la colaboración entre los síndicos, el intercambio de información y las posibilidades de intervención en procedimientos secundarios paralelos (artículo 31).

Otro aspecto en el que coinciden la Ley Modelo y el Reglamento UE, es en la determinación del derecho aplicable al procedimiento de insolvencia sometiéndolo en todos los casos (procedimiento principal y secundario) a la *lex fori*.

Cabe no obstante, en este punto, hacer una distinción entre ambos documentos por estar dirigidos, en nuestro entender, a regular situaciones diferentes desde normas de jerarquía o fuente también diferente.

Es acertado que la Ley Modelo adopte la *lex fori* para la regulación de la insolvencia en tanto que dicho modelo de ley está destinado a su adopción como norma de fuente interna que regularía la insolvencia internacional entre Estados que no se encuentran vinculados por Tratado internacional o regional alguno.

En cambio, no coincidimos con la adopción de la *lex sustancial fori* en los procesos secundarios cuando la insolvencia se ha producido en un espacio o área integrada, ello, como ya dijimos, afectaría la igualdad de trato vigente en el área no solo entre acreedores, sino que el propio deudor quedaría sometido a posibilidades de acceso a distintos procedimientos de salvataje.

Vemos entonces que el hecho de someter a distinta *lex concursus fori* los distintos procedimientos (principales y secundarios) puede provocar el sometimiento a distintos mecanismos destinados a lograr el saneamiento, el

salvataje de la empresa concursada, pudiendo ello ser administraciones controladas por una junta de acreedores, la sustitución del deudor, la adquisición de la empresa por terceros, etc., resultando así difícil de pensar la continuidad de una misma persona jurídica. Por ello consideramos que la regulación adecuada debe contemplar además de los tradicionalmente conocidos, nuevas alternativas para el resurgimiento de la empresa en crisis, pero ellos deben ser aplicados en forma uniforme a la totalidad de la empresa.

No nos parece utópico que en un área o espacio integrado de las características tan avanzadas como el de la Unión Europea deba aspirarse a establecer soluciones unificadas en lo que a procedimientos de insolvencia, y en particular, métodos de salvataje, se refiere. La existencia de una ciudadanía única, de libertad de tránsito y de establecimiento, la elaboración y el sometimiento a aprobación por los Estados Parte de una Constitución Comunitaria que, a pesar de no haberse concretado, muestra una fuerte intención de legislación armonizadora al más alto nivel, entre otras características del área que lo imponen.

Una solución que aspire a la adopción de una ley única no se contradice con la posibilidad de abrir procesos secundarios donde existan establecimientos independientes o bienes. Una cuestión es la determinación del juez competente para entender en cada procedimiento y otra es el derecho que el juez designado deba aplicar.

En una región o área integrada, donde se han establecido principios básicos de libre circulación de capitales, personas, servicios y bienes; donde la empresa se desarrolla en condiciones de igualdad y libre competencia durante su vida o desenvolvimiento normal, no consideramos apropiado el sometimiento a distinta ley de fondo el supuesto de una situación falimentaria. ¿Por qué distinguir al momento de la insolvencia si no existía distinción durante el desarrollo de su actividad *in bonis*?

Creemos de suma importancia el estudio de las soluciones adoptadas en estos instrumentos no como un modelo que deba adoptarse sin

modificaciones por aplicación del método legislativo del modelo matemático. Sin rendir pleitesía o adoración al legislador comunitario, las soluciones por ellos adoptadas pueden ser guías, la demostración práctica, el ejemplo vivo de que la armonización es posible aún ante la existencia de tradiciones jurídicas tan disímiles.

¿Cómo entonces, podemos demorar tanto en la armonización en nuestra región cuando pertenecemos a una misma tradición jurídica? ¿Cómo hemos podido descartar, desechar las soluciones de antecedentes legislativos convencionales que vinculan aún hoy a países del área, máxime cuando las soluciones adoptadas entonces, no difieren demasiado de las aceptadas por el “moderno legislador comunitario”? ¿No estaremos, una vez más, entronando lo europeo, y olvidando nuestras tradiciones y capacidades?

Como ya se habrá podido observar, consideramos oportuno, viable en el proceso de armonización, no desperdiciar los ricos antecedentes que nos brindan los Tratados de Montevideo, vigorosos y frescos aún, y partir desde ellos a efectuar las modificaciones, actualizaciones, adecuaciones que se consideren propias, antes bien, que adoptar una solución foránea.

CAPÍTULO V

LA INSOLVENCIA INTERNACIONAL EN EL DERECHO DE FUENTE INTERNA

Título I: El régimen argentino de insolvencia internacional en el derecho de fuente interna:

- a) El artículo 4 - Evolución Legislativa - Sistema adoptado: Territorialidad o extraterritorialidad - Marco procesal de aplicación del artículo 4º- Protección del crédito nacional – Jurisprudencia: Caso Banco Europeo para América Latina c/Cura Hnos. S.A; Caso Lital, S.A. s/ convocatoria - Pluralidad de Concursos- Reciprocidad- Jurisprudencia: “Sabaté Sas S.A. c. Covisan S.A. s/ Concurso Preventivo s/ verificación tardía s/ inc. Casación” - Paridad de Dividendos.
- b) Jurisdicción competente en el derecho de fuente interna argentina: Artículo 3; Artículo 2 - Jurisprudencia: Caso: Panair do Brasil, S.A. quiebra, (exhorto del Brasil); Caso: Proberan International Corp. S.A. s/ pedido de quiebra por: Braticevich, Jorge.

Título II- El régimen de fuente interna de los países miembros del MERCOSUR:

- a) Paraguay: La ley de quiebras N° 154.
- b) Uruguay: El Código de Comercio.
- c) Brasil: La ley N° 11.101
- d) Venezuela: Ausencia de regulación específica – La Ley de Derecho Internacional Privado.

Título III- El régimen de fuente interna de los países asociados del MERCOSUR: Chile – Bolivia.

Colofón: Algunas conclusiones respecto al derecho internacional privado de insolvencia de fuente interna.

Título I

El régimen argentino de insolvencia internacional en el derecho de fuente interna

- a) El artículo 4 - Evolución Legislativa - Sistema adoptado: Territorialidad o extraterritorialidad - Marco procesal de aplicación del artículo 4° - Protección del crédito nacional – Jurisprudencia: Caso Banco Europeo para América Latina c/Cura Hnos. S.A; Caso Lital, S.A. s/ convocatoria; - Pluralidad de Concursos- Reciprocidad- Jurisprudencia: “Sabaté Sas S.A. c. Covisan S.A. s/ Concurso Preventivo s/ verificación tardía s/ inc. Casación” - Paridad de Dividendos.
- b) Jurisdicción competente en el derecho de fuente interna argentina: Artículo 3; Artículo 2 - Jurisprudencia: Caso Panair do Brasil, S.A. quiebra, (exhorto del Brasil); Caso Proberan International Corp. S.A. s/ pedido de quiebra por: Braticevich, Jorge.

I.- a) El artículo 4

Como es sabido, todo ordenamiento jurídico dispone de normas reguladoras de las relaciones internacionales que resultan aplicables en los supuestos de inexistencia de acuerdos o tratados con otros Estados, sean éstos acuerdos bilaterales o multinacionales, internacionales o regionales. Ello así, como ya lo explicáramos, por la jerarquía de las normas de fuente convencional frente al derecho internacional privado de fuente interna.

Dichas normas elaboradas por el poder legislativo nacional, tienen en cuenta (o al menos deberían hacerlo) las necesidades, conveniencia, historia y objetivos de cada Estado. Por ello es que, consideramos, se justifica la adopción de determinadas “medidas de protección” contra la aplicación de algún derecho extranjero que contenga disposiciones incompatibles con el ordenamiento nacional. Dicha “protección” quizá resulte poco necesaria de

existir un acuerdo internacional, y será inadmisible, como veremos, en el caso que los Estados hayan celebrado un acuerdo de integración.

La Ley de Concursos N° 24.522 se dictó en un marco económico y político sustancialmente distinto al que existía cuando se sancionó la ley N° 19.551. Sus principales puntos orientadores, vinculados derechamente con los intereses en tensión en la situación de insolvencia, fueron:

- Repotenciar las atribuciones de los acreedores tanto en el concurso preventivo como en la quiebra.
- Reducir el intervencionismo estatal.
- Introducir alguna nueva solución preventiva.
- Facilitar la reinserción del fallido.
- Limitar el alcance del desapoderamiento.
- Limitar la conservación de la empresa fallida a los casos de empresas realmente viables.

Las novedades de la ley N° 24.522 que tienden a repotenciar las atribuciones de los acreedores en los concursos, marcando la orientación privatista de esta ley, entre otras, son:

- Los comités de acreedores.
- El derecho al cobro de los créditos preconcursales de los contratantes *in bonis* sujetos a la continuación del contrato con el concursado preventivamente.
- La categorización de los acreedores y las propuestas con alternativas.
- El salvataje (artículo 48).
- La limitación de los poderes del juez en la homologación.
- La exigencia de conformidad de los acreedores para la promoción de acciones integrativas del patrimonio y de responsabilidad.
- El estrechamiento de la continuación de la actividad de la empresa en quiebra.
- La reducción de los privilegios.

- La reducción de las escalas de honorarios.³²⁵

Las cuestiones relacionadas con la quiebra, con la insolvencia transfronteriza, en el derecho internacional privado argentino de fuente interna, se encuentran reguladas en pocos artículos de la ley N° 24.522, que no han padecido los vaivenes sufridos por la ley quiebras en los últimos años, originados en la crisis económico-financiera que estalló en diciembre de 2.001, artículos que permanecen sin modificaciones en la Ley N° 25.589. No obstante los cambios introducidos al proceso de quiebras en el ámbito interno, la doctrina sostiene que “las reglas de fuente interna –artículo 2 inciso 2, artículo 3 inciso 5, y artículo 4 ley de concursos N° 24.522-, aunque contenidas en ese cuerpo legal sancionado en 1.995, en realidad corresponden con algunos retoques, a concepciones elaboradas en el siglo XIX.³²⁶

También debe tenerse en cuenta que, tal como lo sostiene la doctrina, nuestra ley no da solución a todos los problemas de derecho internacional que produce la quiebra nacional.³²⁷

El artículo 3 regula la competencia jurisdiccional en el caso del deudor fallido domiciliado en el extranjero con administración en el país, y el artículo 2 establece quienes son los sujetos concursables para nuestro ordenamiento.

El artículo 4 regula los efectos locales de una quiebra declarada en el extranjero, y el trato otorgado a los acreedores de un concurso foráneo, o con créditos pagaderos en el exterior, dentro de la quiebra local.

Evolución Legislativa

Consideramos trascendente, a los fines de comprender la inteligencia del sistema de la insolvencia internacional o transnacional adoptado y

³²⁵ RIVERA, Julio César: “Propuesta para un sistema concursal más eficiente”. www.rivera.com.ar

³²⁶ ROUILLÓN, Adolfo A. N.: “Concursos con repercusión transnacional – La Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Insolvencia Transfronteriza.” Publicado en ANALES de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XLV, segunda época, número 38. Noviembre 2.000.

³²⁷ ZAVALA RODRÍGUEZ, “Código de Comercio”, t.VII, p.178.

regulado por las normas de derecho internacional privado de fuente interna antes referidas, es decir los artículos 2 inciso 2; 3 inciso 5 y especialmente el artículo 4 (que es calificado acertadamente como la base del sistema de quiebra internacional); efectuar un análisis de la evolución que dicho precepto ha sufrido a través del tiempo, evaluando los principios aceptados originariamente, y las modificaciones introducidas (especialmente por la ley Nº 19.551) que producen a nuestro entender un cambio radical, muchas veces no valorizado por la doctrina en toda su extensión, que la llevan a considerar, a calificar equivocadamente nuestro sistema como territorialista.

Para un mejor entendimiento de las sucesivas reformas, de la evolución legislativa argentina, nos abocaremos inicialmente a trazar una línea de tiempo en lo que importa a las modificaciones legislativas, y posteriormente referiremos la evolución de las normas de nuestro ordenamiento interno vinculadas con la regulación de la insolvencia transfronteriza.

Concursos y Quiebras									
Territorialidad					Extraterritorialidad				
Cód. de Comercio de Bs. Aires	Cód. de Comercio de la Nación	Reforma	Ley 4.156	Artículo 7 Ley 11.719	Artículo 4 Ley 19.551	Artículo 4 Ley 22.917	Artículo 4 Ley 24.522	Art.4 Ley 24.563	Artículo 4 Ley 24.589
1859	1962	1889	1902	1933	1972	1983	1995	2001	

El derecho internacional privado argentino en materia de concursos estaba contenido desde la sanción del Código de Comercio para el Estado de Buenos Aires (1.859) convertido en Código de la Nación de 1.862 en las disposiciones sobre la bancarrota o quiebra regulada en dicho Código, reformado en 1.889, luego en la ley Nº 4.156 del año 1.902; en el artículo 7º de la ley Nº 11.719 del año 1.933 que posteriormente fue sustituido por el artículo 4º de la ley Nº 19.551³²⁸ del año 1.972, y que a su vez fue modificado por el artículo 4º de la ley 22.917³²⁹, que sin modificación pasó a la ley 24.522³³⁰, luego a la transitoria ley 24.563³³¹, a la ley Nº 24.589, y a la vigente ley Nº 26.086.³³²

Ley 11.719, artículo 7º: *La declaración de quiebra pronunciada en país extranjero no puede invocarse contra los acreedores que el fallido tenga en la República, ni para disputarles derechos que pretendan tener sobre los bienes existentes dentro del territorio, ni para anular los actos que hayan celebrado con el fallido.*

Declarada también la quiebra por los tribunales de la República, no se tendrá en consideración a los acreedores que pertenezcan al concurso formado en el extranjero, sino para el caso de que pagados íntegramente los acreedores de la República, resultare sobrante.

Ley 19.551, artículo 4º: *La declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor o del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República. Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el concurso en el extranjero, no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deban ser pagados en la República, para disputarles derechos que éstos pretendan sobre los*

⁴ Ley Nº 19.551 sancionada el 4 de abril de 1.972, promulgada el 4 de abril de 1.972 y publicada en el Boletín Oficial el 8 de mayo de 1.972.

³²⁹ Ley 22.917, sancionada el 15 de septiembre de 1983, promulgada en la misma fecha y publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 27 de septiembre de 1.983, resultó aplicable a los concursos abiertos transcurridos los treinta (30) días corridos de su publicación.

³³⁰ Ley Nº 24.522 fue sancionada el 20 de julio de 1.995, promulgada en forma parcial el 7 de agosto de 1.995 y publicada en el Boletín Oficial el 9 de agosto de ese año.

³³¹ La ley Nº 25.563 fue sancionada el 30 de enero de 2.001, promulgada parcialmente el 14 de febrero de 2.002 y publicada en el Boletín Oficial el 15 de febrero de 2.002.

bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado.

Créditos pagaderos en el extranjero: Abierto el concurso en el país, los acreedores cuyos créditos deben cumplirse en él tienen prioridad con respecto a aquellos cuyos créditos deben pagarse exclusivamente en el extranjero; éstos ejercerán individualmente su derecho sólo en el caso de existir remanente, una vez pagados íntegramente los créditos de los primeros.

Ley 22.917, artículo 4º: Idem ley 24.522

El artículo 4 conforme ley 24.522 textualmente expresa:

Artículo 4º: *“La declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor o del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la REPÚBLICA ARGENTINA.*

Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el concurso en el extranjero, no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deban ser pagados en la República Argentina, para disputarles derechos que éstos pretenden sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado.

Pluralidad de Concursos: Declarada también la quiebra en el país, los acreedores pertenecientes al concurso formado en el extranjero actuarán sobre el saldo, una vez satisfechos los demás créditos verificados en aquélla.

Reciprocidad: La verificación del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero, y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior, está condicionada a que se demuestre que, recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la República Argentina puede verificarse y cobrar —en iguales condiciones- en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero.

Paridad de Dividendos: Los cobros de créditos quirografarios con

³³² Sancionada el 22 de marzo de 2.006, Promulgada el 10 de abril, y publicada en el Boletín Oficial el 11 de abril del mismo año.

posterioridad a la apertura del concurso nacional, efectuados en el extranjero, serán imputados al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causa de créditos comunes. Quedan exceptuados de acreditar la reciprocidad los titulares del crédito con garantía real.”

Podemos graficar la evolución del sistema de insolvencia internacional en el derecho internacional privado de fuente interna argentino, y su evolución legislativa en el siguiente cuadro.

LEY N°	11.719	19.551	22.917	24.522
SISTEMA ADOPTADO	Territorialidad	Extraterritorialidad limitada. Reconocimiento de la declaración de concurso en el extranjero como causal para la apertura de otro concurso en el país.	Extraterritorialidad limitada. Reconocimiento de la declaración de concurso en el extranjero como causal para la apertura de otro concurso en el país.	Extraterritorialidad limitada. Reconocimiento de la declaración de concurso en el extranjero como causal para la apertura de otro concurso en el país.
NORMA	Artículo 7	Artículo 4	Artículo 4	Artículo 4
PREFERENCIAS NACIONALES	<ul style="list-style-type: none"> - Operaban sólo en caso de quiebra. - Respecto de los acreedores que pertenecieran a un concurso en el extranjero. 	<ul style="list-style-type: none"> - Previsto para la quiebra. La doctrina discutía sobre su procedencia en el concurso - Todos los acreedores extranjeros debían ejercer sus derechos individualmente sólo sobre el remanente. 	<ul style="list-style-type: none"> - Operan sólo en caso de quiebra. - Operen en relación con acreedores que pertenecieran a un concurso en el extranjero. 	<ul style="list-style-type: none"> - Operan sólo en caso de quiebra. - Operen en relación con acreedores que pertenecieran a un concurso en el extranjero.

RECIPROCIDAD	No estaba prevista la reciprocidad.	No estaba prevista la reciprocidad.	La verificación del crédito extranjero está condicionada a la prueba de la existencia de reciprocidad.	- La verificación del crédito extranjero está condicionada a la prueba de la existencia de reciprocidad. -Quedan exceptuados los titulares de créditos con garantía real.
PARIDAD EN LOS DIVIDENDOS	No contemplado	No contemplado	Los cobros de créditos quirografarios en el extranjero a posteriori de la apertura del concurso local, eran imputados al dividendo correspondiente en el concurso abierto en el país.	Los cobros de créditos quirografarios en el extranjero a posteriori de la apertura del concurso local, eran imputados al dividendo correspondiente en el concurso abierto en el país.

Sistema adoptado: Territorialidad o extraterritorialidad

Como observamos en las normas transcritas, la ley N° 19.551 incorporó a la redacción del artículo 7 de la ley N° 11.719 una primera parte que, conforme lo sostiene prestigiosa doctrina,³³³ consagró la extraterritorialidad de la declaración de apertura de concurso dictada en el extranjero.

Se reconoce extraterritorialidad a la sentencia de apertura de concurso extranjero, al permitirse en base a ella que el acreedor pagadero en la Argentina pueda solicitar la quiebra del deudor, sin necesidad de probar hecho alguno revelador del estado de su cesación de pagos.

La declaración de quiebra en el extranjero constituye uno de los supuestos de hecho determinantes de la declaración de concurso local. No se trata del reconocimiento o de la ejecutabilidad de la sentencia extranjera, sino de su existencia y comprobación como dato fáctico.

Malfussi, comentando este artículo en la ley N° 19.551³³⁴, sostiene que adopta el sistema de la universalidad de la quiebra, el derecho internacional privado interno, en cambio, se inspira, sobre todo, en la máxima del fraccionamiento.³³⁵

Malbrán ha destacado que la sentencia de quiebra declarada en el extranjero carece de eficacia extraterritorial con relación a los acreedores cuyos créditos se deben pagar en la República, de modo que el deudor, fallido en el extranjero, podrá continuar celebrando actos jurídicos válidos en el país.³³⁶

Boggiano ha sostenido que la declaración de concurso en el extranjero sería uno de los supuestos de hecho para abrir el concurso argentino.³³⁷

Fassi discrepa con esta opinión y dice que no se trata de una prueba de la cesación de pagos en el país, sino simplemente de una declaración de quiebra en el extranjero; es la introducción del sistema de extraterritorialidad en el sistema territorial.³³⁸

En los términos utilizados por Rouillon³³⁹, no debemos perder de vista que el primer párrafo del artículo 7° de la ley N° 11.719 se mantiene intacto. En consecuencia, y se permite decir que la "primera regla" es la territorialidad de la sentencia de quiebra extranjera en tanto el concurso

³³³ KALLER de ORCHANSKY, Berta: "Nuevo manual de Derecho Internacional Privado" Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1.991, p. 494.

³³⁴ Como ya vimos el artículo 4 de la ley 19.551, no ha sufrido modificaciones a su actual redacción, por cuanto puede aplicarse dicho comentario al artículo vigente.

³³⁵ MALFUSSI, Carlos: "El art. 4 de la ley de concursos 19.551", L.L. 149-797.

³³⁶ MALBRÁN, Manuel "La extraterritorialidad de la quiebra en el caso Cía. Swift de la Plata S.A." ED 54-809.

³³⁷ BOGGIANO, Antonio: "Derecho extraterritorial de quiebras", JA 12-1971-217

³³⁸ FASSI, Santiago: "Concursos comerciales y civiles", ob. cit. p. 17

³³⁹ ROUILLON, Adolfo A. N.: "Aproximación esquemática al régimen argentino de insolvencia y las reglas aplicables a los concursos con repercusión transfronteriza", International Insolvency Institute,

extranjero no puede invocarse en la Argentina para disputar los derechos de los acreedores locales sobre los activos existentes en la República, ni tampoco puede invocarse para anular los actos celebrados por el deudor. La "segunda regla" es la "extraterritorialidad limitada" de la sentencia de quiebra extranjera, atento a lo dispuesto en la primera frase del artículo 4°, convirtiéndose en una excepción a la regla general de nuestra normativa concursal, según la cual los acreedores que peticionan la quiebra deben probar el estado de cesación de pagos (artículo 1° y artículo 83 LCQ).

Por su parte Quintana Ferreyra concluye que nuestra ley intentó conciliar los dos sistemas en búsqueda de una solución intermedia, que no resulta justificable en el terreno de la lógica jurídica, aunque permite satisfacer las necesidades prácticas.³⁴⁰ Cabe señalar que este autor fue coautor de dicha ley, de manera que su opinión tiene una especial como significativa relevancia.

Vemos entonces como la doctrina se debatió entre considerar que dicha incorporación constituía un cambio de sistema, o sostener que resultaba solo una excepción o atenuante de la territorialidad que continuaba vigente y base del sistema concursal argentino.

Marco procesal de aplicación del artículo 4°

Por otra parte, se han suscitado discusiones respecto a si el artículo 4 corresponde ser aplicado en cualquier procedimiento de insolvencia, sea preventivo o liquidatorio, ya que la norma en general no distingue entre concurso preventivo y quiebra.

Así se ha dicho “que en una debida exégesis del texto en nuestro sistema, impone no distinguir donde la ley no distingue. Deben considerarse excepción a esta regla sin embargo, aquellos supuestos en que la aplicación

www.iiiglobal.org.; "Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la ley concursal argentina (a propósito de la reforma legislativa de 1983)", *RDCO*, diciembre de 1.984, N° 102, p. 788.

³⁴⁰ QUINTAN FERREYRA, "Concursos", t. I p.77, cita tomada de "El régimen internacional del concurso en la ley 24.522 y la reforma constitucional de 1994. Roberto García Martínez y Roberto García Martínez (h). 1.995- IV. p. 876.

resulte descartada por la índole y naturaleza misma del caso.³⁴¹

La doctrina suele arribar a soluciones encontradas al analizar en forma independiente cada una de las situaciones previstas y reguladas en dicho precepto.

En consecuencia se refiere en este sentido el tratamiento dado a los acreedores extranjeros que deberán ser postergados en el pago únicamente en caso de quiebra por ser éste el único supuesto en que una vez producida la liquidación del patrimonio del deudor se obtendría un saldo del cual podrían cobrarse dichos acreedores.

En cambio, respecto de la reciprocidad, nada en la literal redacción del texto legal autoriza a efectuar distinciones y nada obsta, en la naturaleza de los procesos bajo examen, para someter las acreencias a verificar el funcionamiento de dicha exigencia como presupuesto para admitir la insinuación del crédito en ambos tipos de procesos concursales.³⁴²

Mosso, por su parte, dice que el artículo 4° de la ley N° 24.522 consagra una norma de reciprocidad que se aplica tanto a la quiebra como al concurso.

Vale decir que para afirmar o sostener la aplicación del artículo 4 a la totalidad de los concursos (preventivos o liquidatorios) corresponde distinguir, analizar y considerar en forma independiente cada una de las distintas situaciones por él reguladas y resueltas.

Es interesante el tratamiento que a estos temas se le da en un reciente fallo de la jurisprudencia mendocina que será objeto de análisis más adelante.³⁴³

Protección del crédito nacional

Podemos observar que existe en el artículo un párrafo que es común

³⁴¹ UZAL, María Elsa: "Apostillas sobre la reciprocidad en el artículo 4° de la ley de concursos, las transferencias de fondos y la prueba del derecho extranjero". Suplemento de Concursos y Quiebras. La Ley. Buenos Aires, 8 de julio de 2.005. p. 54.

³⁴² UZAL, María Elsa: "Apostillas sobre la reciprocidad ..." ob. cit. p. 55.

en todas las leyes y es el que dispone que *“La declaración de quiebra pronunciada en país extranjero no puede invocarse contra los acreedores que el fallido tenga en la República, ni para disputarles derechos que pretendan tener sobre los bienes existentes dentro del territorio, ni para anular los actos que hayan celebrado con el fallido”*. Esta norma procura proteger a los acreedores locales, debiendo ser la Argentina el lugar de cumplimiento designado por las partes de manera expresa o tácita.

Los acreedores locales tienen preferencia absoluta sobre los acreedores foráneos que integran un concurso en el extranjero. Esta preferencia o protección se hace efectiva en dos maneras: 1) la retroacción de la quiebra extranjera no se tiene en cuenta: los contratos celebrados por el deudor son válidos e inatacables. 2) los bienes situados en el país no pasan a formar parte de la masa del concurso extranjero: Se trata de la consagración del sistema de las preferencias nacionales, llevado a sus últimas consecuencias.³⁴⁴

Goldschmidt entendía que no era suficiente para calificar como extranjero a un acreedor por el sólo hecho de que las partes hubieren acordado como lugar de pago un país extranjero sino que además sería necesario que el lugar de pago hubiera sido dispuesto en el interés del deudor, pues de lo contrario el acreedor podría renunciar a su derecho a exigir el pago en el extranjero y pedir el cumplimiento en el domicilio del deudor.³⁴⁵

Con respecto a esta última afirmación, no nos parece del todo apropiado que se cuestione o intente modificar el criterio de la calificación como acreedor extranjero o crédito extranjero (en consideración al lugar de pago de la obligación) reemplazándolo por criterios o puntos de conexión que están más relacionados a su reclamo o demanda en caso de incumplimiento como lo son el lugar de cumplimiento de la obligación –en

³⁴³ Fallo 109.121 - SC.Mendoza. sala I, 2005/04/28. Sabate Sas S.A p/conc. p/verif. tardía. Mendoza, abril 28 de 2.005. Pub. Suplemento de Concursos y Quiebras – Buenos Aires, 8 de julio de 2.005. Ed, La Ley.

³⁴⁴ KALLER de ORCHASNKY, Berta: “Nuevo manual ...”, ob. cit. p. 493 ss.

nuestro caso pago-, y el domicilio del deudor. Consideramos que si el crédito tiene lugar de pago en el extranjero debe ser calificado como extranjero, con total independencia a que el acreedor opte por reclamar su cumplimiento ante el juez del domicilio del deudor.

Cabe recordar, conforme lo analizamos en el capítulo correspondiente³⁴⁶ que nuestra legislación concursal no discrimina a los acreedores según su nacionalidad o domicilio. Acreedor extranjero es aquél cuyo crédito es pagadero en el exterior y acreedor local, aquél cuya acreencia es pagadera en la Argentina según el criterio adoptado por los Tratados de Montevideo de Derecho Comercial Internacional y por nuestra doctrina y jurisprudencia mayoritarias. Por ello, tratándose de una cualidad del crédito, el lugar de pago, y no del acreedor, en rigor, correspondería referirnos a créditos extranjeros y créditos locales.

Rouillon sostiene que “nuestro sistema de fuente 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 1.983 y por la aplicación jurisprudencial posterior, cierto matiz discriminatorio subsiste en alguna medida.”³⁴⁷

Recordemos que el artículo 7 de la ley N° 11.719 establecía que “*declarada también la quiebra por los Tribunales de la República, no se tendrá en consideración a los acreedores que pertenezcan al concurso formado en el extranjero, sino para el caso de que pagados íntegramente los acreedores de la República, resultare sobrante.*”

Esta exclusión o posposición de los acreedores pertenecientes al concurso extranjero se operaba por una aplicación especial del principio de la litispendencia. De ello se deducía, también que los acreedores cuyos créditos debían ser pagados en el extranjero, pero que no formaban parte de

³⁴⁵ GOLDSCHMIDT, Werner: “El art. 4° de la ley 19551”, en *ED* 100 - 853

³⁴⁶ Ver en el presente trabajo Capítulo III: “Tratado de Montevideo de 1889 – Acreedores locales: Calificación” y “Soluciones de la realización codificadora entre Argentina, Paraguay y Uruguay: e) Acreedores Locales y Extranjeros”.

un concurso extranjero, podían presentarse en el concurso abierto en la Argentina, en un pie de igualdad con los acreedores locales.

A partir de la ley N° 19.551 el sistema de preferencias nacionales operó la exclusión de todos los acreedores cuyos créditos debieran pagarse exclusivamente en el extranjero, ya sea que los titulares pertenecieran o no a un concurso abierto en el extranjero. Si un crédito debiera cumplirse parcialmente en el extranjero y parcialmente en la República, la porción que debía satisfacerse en el país, gozaría de la preferencia indicada. Por otra parte, el adverbio “individualmente” ahondó aún más la discriminación, ya que con respecto al remanente, no debía continuar el concurso argentino, y los acreedores extranjeros cobrarían individualmente, conforme el adagio *“prior tempore, potior iure”*.³⁴⁸

En la exposición de motivos de la ley N° 19.551, en lo que se refiere a este supuesto se lee: “Sin embargo, es evidente que el principio se aplica también cuando en el extranjero se hubiere formado concurso después de la formación de uno en el país”.³⁴⁹

Este párrafo dio origen a un arduo debate en torno a su interpretación, debate que puede corroborarse en las posturas asumidas por la doctrina en la VII Conferencia de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, reunida en Rosario del 21 al 24 de septiembre de 1.983, y donde no pudo arribarse a una conclusión compartida.

El profesor Werner Goldschmidt, estimó que este párrafo era inconstitucional por ser violatorio de los artículos 14 y 20 de la Constitución Nacional, en atención a que discrimina entre extranjeros y nacionales. Además el artículo 4° sólo juega en la hipótesis de pluralidad de concursos, y si el lugar de cumplimiento de la obligación hubiera sido establecido en el extranjero, a favor del deudor.

Como analizaremos más adelante, un planteo de inconstitucionalidad

³⁴⁷ ROUILLÓN, Adolfo A. N.: “Concursos con repercusión transnacional...” ob. cit, pag. 1

³⁴⁸ KALLER de ORCHANSKY, Berta: “Nuevo manual ...”, ob. cit. p. 494, 495.

³⁴⁹ Cita tomada del comentario al caso “Lital S.A.C.I.F. s/ convocatoria”, sentencia de Cámara, Sala C, del 17 de septiembre de 1.976, en BOGGIANO, Antonio: “Concursos”, pag. 965

se efectuó en los autos Banco Europeo para América Latina c/Cura Hnos. S.A., respecto del cual la Corte Suprema no llegó a expedirse.

El eximio constitucionalista Germán Bidart Campos, también sostuvo que cuando existe un único concurso en la Argentina, debería admitirse a acreedores con créditos pagaderos en el extranjero, ya que éstos tienen suficiente punto de conexión con la jurisdicción argentina (por la pendencia de un único concurso ante tribunal argentino, y por la existencia de bienes del deudor en el territorio) como para invocar aquí la protección integral de la Constitución.³⁵⁰

En la actualidad, en el derecho argentino de fuente interna, las preferencias locales sólo operan cuando coexisten dos procedimientos concursales. No obstante ello, la doctrina no es coincidente en cuanto a determinar qué se entiende por "pertenecer a un concurso en el extranjero". En este sentido, se han formulado varias posibilidades: 1) haber solicitado verificación del crédito, 2) haber sido efectivamente verificado, 3) haber cobrado el crédito, o 4) haber podido presentarse a verificar aún cuando no se haya hecho.³⁵¹

Boggiano, por su parte sostuvo: 1) Que el fundamento del privilegio no se relaciona con ningún concurso extranjero, sino con la concurrencia de créditos pagaderos en el país y en el extranjero, ante un concurso argentino, 2) Que sería absurdo establecer que la declaración de quiebra en el extranjero no pueda ser invocada para disputar derechos de los acreedores locales y admitir por otro lado, que la ausencia de declaración de quiebra sí pueda suprimir la preferencia local de aquellos mismos acreedores locales, 3) En el ámbito de los Tratados de Montevideo, el sistema de las preferencias nacionales o locales, funciona en el caso de juicio de quiebra único, 4) Que en la exposición de motivos se dijo atender a los intereses de los acreedores nacionales y seguir los tratados relativamente modernos

³⁵⁰ BIDART CAMPOS, Germán: "El art. 4° de la Ley de Concursos y la Constitución", E.D. N° 5769, 6 de julio de 1.983.

³⁵¹ RAISBERG, Claudia: "¿Cómo se verifica el crédito de un "acreedor extranjero"? en *Revista ERREPAR*, noviembre de 2.001.

suscriptos por la nación en esta materia, 5) En el fallo “Vicario, José M”, de la Cámara 1°, Sala II de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata del 12 de agosto de 1.975, se refirió al orden de preferencias de los créditos pagaderos en el extranjero, sin que haya concurso foráneo, 6) Que no se haya abierto aún un concurso en el extranjero, no excluye la subsistente posibilidad de que tal concurso extranjero se declare en el futuro, 7) Los créditos pagaderos en el exterior sólo en caso de existir remanente, podrán cobrarse por la vía individual, pero resulta que el remanente debe distribuirse concursalmente para satisfacer los intereses suspendidos de créditos verificados. ¿cómo pueden ser verificados en el concurso argentino créditos exclusivamente pagaderos en el exterior, si solo pueden ejercerse individualmente sobre el saldo del referido concurso, 8) El deudor podía a su arbitrio o interés, pedir o no su propio concurso en el extranjero, creando en la práctica preferencia locales pidiendo su propio curso fuera del país; o, si le pareciese mejor, no pedirlo y suprimir así las preferencias locales, en desmedro de los acreedores locales, 9) Por último cita el proyecto de la ley federal de Derecho Internacional Privado suizo de 1.982, artículo 165 que establece un sistema de preferencia local fundado en la condición personal de ser acreedor domiciliado en Suiza. Este criterio de preferencia, basado en el domicilio del acreedor, ha sido aconsejado por el profesor Goldschmidt quien propuso que el carácter de acreedor “local” debe atribuirse a los a los acreedores domiciliados en la República.

Todas las argumentaciones y reflexiones glosadas lo conducen a sostener y aplicar el sistema de las preferencias nacionales en todo concurso argentino, cualquiera que sea la eventualidad de la apertura de otro concurso en el extranjero.

Asimismo, como vimos, se afirma que es claro de la tésis del segundo párrafo de la norma que nos ocupa, que la regla de la preferencia de los acreedores locales y la postergación de los acreedores extranjeros sólo puede tener cabida dentro de un proceso de quiebra, caso en el se procede *liquidar* el patrimonio del deudor presupuesto del ejercicio de la

preferencia y de la existencia de “saldo”.³⁵²

Tal como podrá advertirse, el tema analizado se encuentra íntimamente relacionado con la noción, el concepto (la calificación) que en el ordenamiento se haga de los “acreedores locales”, es decir ¿Quiénes son aquellos acreedores que gozan de la preferencia o protección otorgada por la ley?

Así podría considerarse:

- a) Los acreedores de nacionalidad argentina;
- b) Los acreedores con domicilio o residencia en el país;
- c) Los créditos con lugar de pago en la Argentina.

Este debate, que ya ha sido superado, puede ser analizado desde la evolución doctrinaria y jurisprudencial argentina que efectuaremos en el análisis del caso Lital, S.A. s/ convocatoria, más adelante.

Lo cierto es que bajo la legislación vigente deben darse dos condiciones adicionales:

- Debe tratarse de una **quiebra**, puesto que sólo en los procedimientos liquidatorios puede predicarse la posibilidad de la existencia de saldo o remanente.³⁵³ Además debe tratarse de una quiebra que concluya por pago total, puesto que en otros casos como el avenimiento o la distribución final no existe saldo y en consecuencia no podría operar esta postergación en el cobro.³⁵⁴

- El acreedor cuyo crédito tiene lugar de pago exclusivo en el extranjero debe a su vez, **pertenecer a un concurso declarado en el extranjero**. Una primera observación permite señalar que durante la vigencia de la ley N° 19.551, así como en el marco de los Tratados de Montevideo de 1.940 (artículo 48), la regla de las preferencias nacionales es

³⁵² UZAL, María Elsa: “Apostillas sobre la reciprocidad en el artículo 4° ...” ob. cit. p. 54

³⁵³ El saldo, según el artículo 228 de la LCQ es el sobrante que se reintegra al fallido luego de cancelar el capital y los intereses de los créditos verificados. Cabe destacar que la ley 11.719 se refería al “sobrante” y la ley 19.551, al “remanente”.

³⁵⁴ ALBERTI, Edgardo M.: “¿Es aplicable el art. 4° de la ley 19.551 a todos los concursos o solamente a las quiebras” en LL 1981-A, 768; COSTA, Miguel G.: “Aplicación del art. 4 de la ley 19.551” en ED 105 - 898. Así también lo ha reconocido nuestra jurisprudencia en varios precedentes, entre ellos

mucho más discriminatoria puesto que rige aún cuando no existe otro proceso abierto.

Por su parte Rouillon afirma que también 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 petitionar 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; y c) la posibilidad de petitionar la quiebra del deudor declarado en el concurso en el extranjero, sin necesidad de acreditar el estado de cesación de pagos, ya que sólo se habilita para ello al acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República Argentina.³⁵⁵

A su turno, cabe remarcar que la norma ha dejado un importante vacío en lo que respecta a la forma de presentación de los acreedores extranjeros que pertenecen a concursos abiertos en el extranjero en el procedimiento local. Sancinetti en este sentido considera que la norma no determina si los créditos deben ser verificados individualmente postergándolos en el cobro, o si se admite la representación colectiva para solicitar el remanente.³⁵⁶

Continuando con las pautas trazadas para el desarrollo de nuestra investigación corresponde seguidamente, por su función esclarecedora, analizar cual ha sido la postura adoptada por nuestros tribunales respecto a este controvertido tema.

podemos mencionar: "Scola, Alfredo A. y Cía. S.C.A.", de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, del 19 de octubre de 1.993, en *LL* 1994-A, 267.

³⁵⁵ ROUILLÓN, Adolfo A. N.: "Concursos con repercusión transnacional ...", pag. 1

Jurisprudencia:

Caso: “**Banco Europeo para América Latina c/Cura Hnos. S.A.**”³⁵⁷

En oportunidad de entender en el caso en análisis, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se expidió sobre un planteo de inconstitucionalidad del artículo 4º, segunda parte, durante la vigencia de la ley Nº 19.551, argumentando que según las constancias de la causa el pago tenía que efectuarse a un banco, en su sucursal de la ciudad de Buenos Aires. La sentencia citó el artículo 731 del Código Civil, incisos 1º y 7º, y consideró que no había establecido en el extranjero el lugar exclusivo de pago de la obligación.

Caso: “**Lital, S.A. s/ convocatoria**”:

El fallo elegido en esta oportunidad para su análisis fue dictado en el momento en que se operaba la trascendental modificación de nuestra ley concursal, resultando esclarecedores tanto los argumentos de las partes como los fundamentos de los magistrados intervinientes.

Hechos:

El 15 de marzo de 1.971 se declaró la apertura del juicio de convocatoria de acreedores de Lital S.A.

La empresa Le Fer Blanc S.A., acreedora de la concursada solicita verificación de crédito de unas letras libradas con lugar de pago en Buenos Aires, Argentina por valor de u\$s 6.520.-, correspondiente al saldo impago por la provisión de hojalata, solicitándose que la conversión monetaria se efectúe al tipo de cambio vigente al momento del pago.

La sentencia del Juzgado Nacional en lo Comercial Nº 13, quedó parcialmente firme, y revocada en cuanto al cambio del crédito verificado en moneda extranjera obteniendo el pronunciamiento de la Cámara, Sala C, el 17 de setiembre de 1.976.

³⁵⁶ Cfr. SANCINETTI, Marcelo A.: “El art. 4º de la ley de concursos: historia e histeria de una reforma” en *RDCO* 1.984, ps 156 - 7.

³⁵⁷ “Banco Europeo para América Latina c/Cura Hnos. S.A.”, C.S.J.N. 8 de setiembre de 1.983.

Ley aplicable:

Correspondía aplicar a la verificación de las letras emitidas por la acreedora francesa el artículo 7 de la antigua ley N° 11.719 pues la ley N° 19.551 entró en vigor cuando ya se había abierto el concurso, no resultando, en consecuencia aplicable al caso. No resulta ocioso haber precisado la norma aplicable pues el artículo referido difiere de su correlativo artículo 4 ley N° 19.551 en un aspecto relevante en autos.

La cuestión a determinar es saber si la preferencia nacional que legisla, entra en juego solo en supuestos de concurrencia o pluralidad de concursos extranjero y argentino o si también se aplica en el concurso argentino sin que haya otro declarado en el extranjero.

Preferencias nacionales:

Para encontrar el criterio interpretativo que se ajustaría literalmente al artículo 7 se recurre a la opinión del profesor Ramón Castillo que expresó: "Existiendo un solo concurso en el país y acreedores en el extranjero, éstos concurren, como los demás, a cobrar el dividendo que les corresponda en la liquidación; pero si el concurso ha sido formado en el extranjero, los acreedores en el país tienen derecho a hacer vender los bienes de su deudor para cobrar con preferencia respecto de los acreedores en el extranjero" (Cfr. Curso de derecho comercial, n° 105; García Martínez, El concordato y la quiebra, t. I, n° 143, pág. 283, se adhiere a la opinión de Castillo). Las decisiones de la Cámara de Senadores en el debate de la ley también acogen esta interpretación.

No obstante el dr. Boggiano en su voto –considerando 8°- sostuvo que no cabe extraer de la letra del artículo 7 una aplicación restrictiva solo ante una pluralidad de concursos extranjero y argentino. De la norma se sigue que la preferencia juega en casos de múltiples concursos, pero no necesariamente que ella sea inaplicable cuando un solo concurso se hubiere abierto en la Argentina.

Para poder limitar la interpretación del artículo 7 a su sentido literal, debe buscarse la razón de la norma. El fin que persigue la preferencia

nacional es la defensa de acreedores que hubieren basado sus expectativas de cobro y garantías sobre bienes situados en la República. Se funda en la cualidad sustancial del crédito de ser pagadero en el país con prescindencia de las vías de ejecución forzosa. Por ende aquel privilegio se sustenta en la razonable expectativa de tales acreedores que confiaron en la capacidad de pago voluntario del deudor en razón de su potencial económico radicado en la Argentina.

Siendo ello así, no se advierte por qué regiría tan sólo en un concurso argentino cuando preexistiese otro extranjero. El privilegio no se relaciona con ningún concurso extranjero, sino con la concurrencia de créditos pagaderos en el país y en el extranjero ante un concurso argentino.

Expone además, el supuesto de el deudor que, al momento de contraer una obligación a pagar en el exterior, tuviese allí bienes que justificarían la formación de un concurso extranjero, pero que pasado un tiempo desapareciesen aquellos bienes del deudor domiciliado en la Argentina. Resultaría que el acreedor, dando crédito a los bienes sitos en el extranjero, podría no obstante borrar la preferencia de los acreedores locales presentándose en el concurso nacional, por no haber quizá pedido oportunamente el concurso en el extranjero, lo que llevarían al absurdo la tesis propugnada.

Así, en el considerando 15°, sostiene que *“una interpretación que armonice los dos párrafos del artículo 7 debe llevar al resultado de la aplicabilidad de la preferencia local en el concurso argentino, aun cuando no se hubiere declarado otro en el exterior, a fin de asegurar a los acreedores pagaderos en el país que no se le disputaran mejores derechos sobre bienes sitos en la República por acreedores pagaderos exclusivamente en el extranjero. Estos acreedores, al aceptar que el deudor se obligara a pagar fuera de la Argentina han dado crédito a la solvencia del deudor en el extranjero, sea con mira a sus bienes allí radicados, sea por garantías que terceros hubiesen prestado para asegurarle el cobro de su crédito, que por tales razones se localizó en el exterior.”*

En opinión de Boggiano los jueces deben aplicar las preferencias de los créditos locales en el concurso argentino, aun cuando no se haya abierto otro en el extranjero por la subsistente posibilidad de que tal concurso extranjero se declare en el futuro. Si ello ocurriese y no se hubiese mantenido la preferencia señalada, se tornaría lícita cuando se tomara conocimiento en el país de la apertura foránea. Así, extremando la hipótesis, habría que mantener cautelarmente la preferencia de los créditos locales hasta el momento de pagar los intereses suspendidos sobre el remanente, si existiere, y sólo cabe admitir que los créditos pagaderos fuera del país sean satisfechos en la Argentina “individualmente” sobre el saldo que debe entregarse al deudor.

Además fundamenta (considerando 18º) que *“de no admitirse esta interpretación, el acreedor cuyo crédito fuese de cumplimiento exclusivamente en el extranjero podría presentarse al concurso argentino, verificar y cobrar su dividendo, y recién entonces pedir la declaración de concurso en el extranjero en base a su crédito parcialmente insatisfecho en el país. En este caso sería tardía cualquier preferencia que pudiese invocarse por los acreedores locales. En definitiva, en todo concurso debe aplicarse la preferencia local (arts. 7, ley 11.719, o 4, ley 19.551).”*

Acreedores locales:

Seguidamente, el Dr. Boggiano comienza a precisar el contenido, la extensión de los términos “los acreedores que el fallido tenga en la República”, a fin de determinar quienes son los acreedores locales que gozan, en consecuencia, de la preferencia legal.

Categoricamente afirma en el considerando 20º: *“No los acreedores de nacionalidad argentina”*. Ello en razón que la letra del artículo se refiere a los “acreedores... en la República”, y además porque un privilegio basado en la nacionalidad conculcaría el artículo 20 de la Constitución Nacional.

En interpretación de los acreedores domiciliados o residentes en la Argentina refiere la resolución del magistrado Francisco M. Bosch, en la

convocatoria de Guglielmoni S.A.³⁵⁸, y también la decisión de la Cámara Nacional en lo Comercial del 27 de diciembre de 1.939.³⁵⁹

A su turno refiere las palabras de Goldschmidt³⁶⁰ en cuanto a afirma que *“los creedores cuyos créditos deben cumplirse en el país tienen prioridad respecto a aquellos cuyos créditos deben pagarse exclusivamente en el extranjero”*, y continúa *“No obstante, cuando el legislador protege a los acreedores locales mediante el principio de la preferencia nacional dándoles el privilegio de cobrar antes que los acreedores extranjeros, no quiere en el fondo proteger la confianza de un acreedor local en la permanencia del patrimonio del fallido que tenía a la vista cuando con él contrató, sino que quiere evitar que los habitantes del país sufran daño a causa del concurso. Nos inclinamos, por ende, a sugerir que en lo porvenir el privilegio de la preferencia nacional se reserve a los acreedores del fallido domiciliados en el país en el momento de la apertura de la quiebra”*.

Boggiano efectuando la crítica de la interpretación trascrita, refiere que no estima *ni más legal y justa la calificación expuesta* y que respetando la voluntad del legislador, éste ha querido comprender a todo crédito situable en el país por su lugar de cumplimiento normal, ya sea determinado ese lugar convencionalmente, legal o judicialmente.

A continuación analiza la naturaleza jurídica de la preferencia estableciendo que es un privilegio concursal, una cualidad del crédito que le confiere al acreedor el derecho para ser pagado en preferencia a otro.

Seguidamente, trata el tema de cual es el derecho que establece el lugar de pago de la obligación y en consecuencia, que determinará si el mismo es nacional o extranjero. Así, y en armonía con la índole de la norma que crea la preferencia de los créditos pagaderos en el país, la definición del lugar de cumplimiento de los mismos no puede sino brindarse por aplicación del derecho privado argentino, porque resulta congruente que el derecho

³⁵⁸ Guglielmoni S.A. s/ convocatoria, incidente de verificación por French American Banking Corporation” Sala C.

³⁵⁹ J.A., 69-331.

que impone la preferencia de los acreedores locales sea el mismo que califique cuándo un crédito es local. El derecho que rige el privilegio debe también regir la definición de la causa del privilegio. Por ende a los efectos de aplicar la preferencia de los artículos 7 y 4 en cuestión deben aplicarse directamente los artículos 747 a 749 del Código Civil y las normas que indiquen el lugar de pago en materias específicamente comerciales.

Por ende, en la presente verificación son relevantes los artículos 1, incisos 5 y 2, párrafo 5, del decreto – ley 5965/63.

Concluye aquí el magistrado propiciando que una interpretación adecuada del artículo 7 que define a los “acreedores en la República” como aquellos cuyos créditos tienen lugar de pago normal en el país, puede considerarse consagrada en el artículo 4 de la nueva ley, que claramente alude a los acreedores cuyos créditos deben pagarse en el país.

El artículo 4:

El magistrado efectúa una importante distinción entre la redacción del artículo 7 ley Nº 11.719 que resulta aplicable al caso, y la nueva redacción del artículo 4 de la ley Nº 19.551.

En el artículo 7, los acreedores pagaderos en el exterior son admitidos en el concurso a la espera del sobrante que pudiere quedar luego de ser “pagados íntegramente los acreedores de la República”. En cambio el artículo 4 los acreedores exclusivamente pagaderos en el exterior sólo “ejercerán individualmente su derecho” sobre el saldo que resta “una vez pagados íntegramente los créditos” de los acreedores locales con sus intereses suspendidos por el concurso.

Ello significa que, en rigor, los acreedores pagaderos en el exterior no son admisibles directamente al concurso argentino, pues solo pueden individualmente (*prior tempore potior jure*) ejecutar sus créditos sobre el saldo, que resulta extraconcursal y que debiera entregarse al deudor. Es decir que en el artículo 4 los acreedores extranjeros deben aguardar a la

³⁶⁰ GOLDSCHMIDT, Werner: “Derecho Internacional Privado” 1.970 pag. 512, según cita del Dr. Boggiano en el fallo en análisis.

conclusión del concurso, por cuanto estrictamente no se trataría de un privilegio concursal de los acreedores locales, sino de una condición de admisibilidad de los acreedores extranjeros en el concurso argentino.

Voto:

En atención a todo lo manifestado el magistrado resuelve verificar con carácter quirografario el crédito a favor de Le Fer Blanc en tantos pesos argentinos como resulten de convertir u\$s 6.520,85.- al tipo de cambio vigente al 29 de julio de 1.971 (fecha de la celebración de la junta de acreedores).

Se eximió de costas a la convocatoria en atención a que se debatieron cuestiones dudosas de derecho.

Pluralidad de Concursos

En referencia a esta cuestión, sostiene Quintana Ferreyra que la norma significa el reconocimiento de derecho de obrar mediante un procedimiento instado por los acreedores interesados, con exclusión del trámite concursal; pero que deberán gestionar la verificación de sus créditos, y su cobro quedará en suspenso hasta que se satisfagan los créditos nacionales, por supuesto, siempre que quede saldo.

Reciprocidad

Durante más de un siglo, en el concurso abierto en el país, un acreedor-exportador que se presentaba a verificar, aunque su crédito fuese pagadero en el extranjero, donde normalmente tienen su sede, recibía en el concurso de su comprador abierto en la República Argentina un trato totalmente igualitario al de los acreedores que habían vendido al deudor en el país fijando como domicilio de pago un lugar dentro del territorio nacional.³⁶¹

Si un comerciante había sido declarado en quiebra en la República

³⁶¹ Ver KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, su voto en Sabate Sas S.A p/conc. p/verif. tardía. Pub. Suplemento de Concursos y Quiebras – Buenos Aires, 8 de julio de 2.005. Ed, La Ley.

pero no en el extranjero, los acreedores, independiente de su nacionalidad y del lugar donde el crédito había nacido o debía pagarse, podían verificar en las mismas condiciones que un acreedor residente en el país o que su crédito fuese pagadero en el país.

La ley N° 22.917 estableció la prueba de la reciprocidad como requisito para la verificación del crédito extranjero, requisito que se mantuvo (con algún aditamento) en la ley N° 24.522 y en las reformas siguientes.

Jurisprudencia:

Caso: “Sabaté Sas S.A. c. Covisan S.A. s/ Concurso Preventivo s/ verificación tardía s/ inc. Casación”³⁶²

Hechos:

Sabaté Sas S.A, empresa con sede social en Francia se presentó en el concurso preventivo de Covisan S.A en el Juzgado de Procesos Concursales de San Rafael – Mendoza, solicitando verificación tardía por la suma de U\$S 52.720.- producto de una importación de mercaderías efectuada por la concursada, acompañando como prueba instrumental una factura con la cláusula en idioma español que indica “*Condiciones de pago; transferencia bancaria 120 días fecha de embarque, Banco beneficiario Credit Lyonnais Montpellier*”, factura que no fue observada ni impugnada por Covisan S.A. Solicita asimismo la no pesificación de su crédito.

La sindicatura se opone a la verificación sosteniendo que era aplicable el artículo 4° de la ley N° 24.522, que el acreedor extranjero no había probado el requisito de la reciprocidad, y que el artículo 4° se aplica tanto a la quiebra como al concurso.

La jueza de primera instancia rechazó el incidente de verificación tardía con costas al actor, considerando aplicable el criterio de reciprocidad que no se había acreditado. Apeló el acreedor.

La Cámara de Apelaciones rechazó el recurso de apelación

considerando aplicable el artículo 4° de la ley N° 24.522, argumentó:

- a) La factura que se acompaña como documentación respaldatoria establece como condición de pago la transferencia bancaria a los 120 días de la fecha de embarque, mencionando el banco beneficiario, con domicilio en Francia.
- b) Sabaté Sas S.A es una empresa comercial que tiene su sede social en Francia; que es una reconocida sociedad extranjera que tiene por objeto la compra, fabricación, transformación y venta de todo tipo de productos y servicios destinados a los productores de bebidas en general. Si bien la exigencia del artículo 4° lo es en cuanto a una cualidad sustancial del crédito (pagadero en el extranjero) independiente de la nacionalidad o domicilio de los titulares del mismo, la interpretación de la prueba rendida lleva a la conclusión de que se trata de un crédito con lugar de pago en el extranjero.
- c) Tampoco es válido el argumento que pretende dar carácter de lugar de pago al domicilio mencionado en la carta documento de fojas 23; no es lo mismo lugar de pago y lugar de demandabilidad.
- d) Tampoco pueden prosperar los agravios relativos a las costas ni a los honorarios.

Recurso de inconstitucionalidad:

El recurrente afirma que la decisión es arbitraria por falta de motivación suficiente y apartamiento de la prueba decisiva rendida. Sostiene:

- a) La resolución impugnada reconoce como antecedente el dictamen de la sindicatura que considera aplicable la regla de la reciprocidad del artículo 4° de la ley N° 24.522 por ser acreedor extranjero.
- b) La sentencia recurrida afirma erróneamente que se trata de un crédito con lugar de pago en el extranjero. La correcta valoración de la prueba no permite sostener esa conclusión. La factura y demás documentación da cuenta que el pago debía efectuarse en moneda extranjera valor “fob” a los 120 días de la fecha de embarque, mediante transferencia bancaria,

³⁶² Fallo 109.121 - SC.Mendoza. sala I, 2005/04/28. Sabate Sas S.A p/conc. p/verif. tardía. Mendoza, abril 28, 2.005. Pub. Suplemento de Concursos y Quiebras – Buenos Aires, 8 de julio de 2.005. Ed, La

actuando como beneficiario un banco francés perfectamente individualizado, y donde se consigna una clave de identificación numérica a tal efecto. No obstante la Cámara sostiene que la operación debía cancelarse a través de un “depósito bancario en un banco francés”. La Cámara no ha precisado que el domicilio de ese banco se encuentra en la Argentina en donde debía efectuarse el depósito.

c) La mutación introducida por la Cámara no es menor. Si el crédito es pagadero en la Argentina la regla de la reciprocidad no es exigible. La transferencia constituye por sí misma un pago sin transmisión de dinero que queda hecho tan pronto como el banquero hace un asiento de cargo en la cuenta del ordenador de la transferencia. La transferencia tiene por objetivo la liberación del deudor.

Recurso de Casación:

La recurrente denuncia que el tribunal interpreta y aplica erróneamente el artículo 4° de la ley N° 24.522 del siguiente modo:

A) El artículo 4° de la ley N° 24.522 está referido exclusivamente a la quiebra.

B) La sentencia identifica o confunde transferencia bancaria a realizarse en nuestro país con el depósito a efectuarse en una entidad bancaria francesa. En la transferencia no hay obligación de restituir sino de entregar a un tercero.

Voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci:

1° ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

2° En su caso ¿Qué solución corresponde?

3° Costas.

La cuestión a resolver en el recurso de inconstitucionalidad: 1) La ley distingue entre acreedores pagaderos en el extranjero y acreedores pagaderos en el país. Ni la nacionalidad ni el domicilio otorgan a un acreedor el carácter de local o extranjero criterio de distinción que apareció en la Argentina con la ley N° 19.551.

La Corte Federal evitó pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma por haberse establecido lugares de pago alternativos en el país y en el exterior en los autos Bco. Europeo para América Latina c. Cura Hnos. S. A. sentencia de fecha 8 de septiembre de 1.983.

Bidart Campos al comentar el artículo 4° ley N° 19551, refirió que el problema constitucional se agrava cuando hay un solo concurso (en el país) “El concurso único no admite discriminar desigualitariamente entre unos acreedores y otros (pagaderos aquí o en el extranjero) porque los que son titulares de créditos a cancelar en el extranjero, donde no haya quiebra, tienen suficiente punto de conexión con la jurisdicción argentina como para invocar aquí la protección integral de la Constitución. Este punto de conexión está dado, doblemente, por la pendencia del único concurso ante el tribunal argentino y por la existencia de bienes del deudor en nuestro territorio. ¿Y cual es la protección constitucional que no puede burlarse? Es múltiple: a) el derecho a la jurisdicción, que importa permitir al acreedor de marras, que carece de una quiebra extranjera a la cual acudir, verificar su crédito y concurrir a la masa de acreedores en la argentina sin postergación alguna, y en pie de igualdad con los acreedores que llamaríamos internos; b) el derecho de propiedad, que no consiente que el acreedor extranjero sea colocado en lugar relegado c) el principio de razonabilidad, que tampoco tolera distinguir entre acreedores internos y extranjeros cuando el concurso del deudor tramita únicamente en la Argentina y su patrimonio responsable ante la masa de acreedores se halla en territorio argentino; d) la igualdad jurídica y la igualdad ante la ley, que repudian discriminaciones arbitrarias, hostiles, desprovistas de fundamento suficiente, etc. (Bidart Campos, Germán, “El artículo 4° de la ley de concursos y la constitución”, Ed. 104-1019).

La carga de la prueba de la reciprocidad a la luz de las reglas reseñadas:

La magistrado adscribe a la opinión de quienes sostienen que, “aunque en principio, la carga de la prueba de la reciprocidad incumbe al acreedor peticionante, el requisito puede acreditarse a través de la actividad

del síndico o, incluso del propio juez; el síndico debe cooperar en la investigación y el juez puede hacerlo de oficio; en otros términos, la omisión del acreedor no necesariamente debe determinar el rechazo del pedido de verificación o revisión, fundando su adhesión en las siguientes razones:

a) Interpretación gramatical: La norma habla en forma impersonal, en efecto establece que “está condicionada a que se demuestre” pero no señala quien debe demostrar (el acreedor, el síndico, el juez de oficio, etc.), en tanto que la última parte del artículo 4° (que abandona la redacción impersonal), no está referida a la reciprocidad sino a la paridad de dividendos y fue incorporada para dar solución a la situación de los acreedores con garantías reales.

b) Interpretación sistemática de la ley concursal: Dentro de las facultades instructorias y de investigación, cabe a los jueces requerir al síndico (artículo 33) y a todas las otras partes interesadas, los elementos que le permitan establecer el contenido del derecho extranjero que eventualmente resulte aplicable al caso.

c) Interpretación sistemática del resto del ordenamiento: La posición asumida por la sindicatura seguida por los jueces de grado según la cual sólo al acreedor incumbe la prueba del requisito de la reciprocidad implica visualizar el derecho extranjero como un hecho.

No se trata en autos de aplicar la ley extranjera a Sabaté Sas S.A., sino que ésta se ha sometido a la ley de quiebras argentina. La ley extranjera aparece no para ser aplicada sino al solo efecto de acreditar que no discrimina al acreedor nacional.

Si bien la Dra. Kemelmajer reconoce que la doctrina más moderna entiende que la ley extranjera no es un hecho, desde que la norma jurídica no pierde su naturaleza por la circunstancia de traspasar la frontera el Estado, parece adscribir a la doctrina de considerarla como un hecho notorio sostenida por Goldschmidt³⁶³, que no exige demostración alguna, por lo que

³⁶³ Los partidarios de esta doctrina consideran que: “El derecho extranjero constituye un hecho notorio, lo que no quiere decir un hecho que todo el mundo tenga presente, sino un hecho sobre el que todo el

no se plantearían en estos autos dudas en torno a quien carga con el “*onus probandi*”.³⁶⁴

Además la ratificación argentina de la CIDIP II³⁶⁵, ha abierto cauce para una interpretación judicial más amplia y flexible sobre ese “*onus probandi*” al establecer en su artículo 2° que “*Los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada*”.

En cuanto al análisis o consideración de la naturaleza de la reciprocidad, la magistrado argumenta que la doctrina mayoritaria entiende que la reciprocidad es una supervivencia de la teoría de la “*comitas gentium*” o cortesía internacional, y que implica la aplicación del derecho de retorsión, medio por el cual un Estado contesta con igual o semejante manera de obrar ante una falta de equidad cometida por otro; el fin de la retorsión, en un marco de justicia estricta, se limita a devolver por un agravio, otro de análoga naturaleza que cesa en el momento en que el Estado ofensor rectifica su proceder.

La regla de la reciprocidad, aunque significó un adelanto en el camino hacia la disminución de las diferencias, hoy parece francamente inapropiada³⁶⁶. Siendo así, no se debe ser excesivamente riguroso en la

mundo puede informarse de modo auténtico. Como tal hecho notorio, el juez puede tenerlo en cuenta oficialmente, sin perjuicio de que las partes lo aleguen y que aporten todas las pruebas que estimen oportunas. El tratamiento procesal del hecho notorio se basa en la aspiración de conservar el decoro de los tribunales, en efecto, los jueces incurrirían en una situación de ridiculez si se atuviesen a alegaciones concordantes de las partes sobre el derecho extranjero cuyo eventual divorcio de la situación jurídica real en el país extranjero cualquier estudioso puede descubrir cuando le apetezca. La regla sobre la oficialidad de la averiguación de los hechos notorios, si no consta en los códigos procesales, puede estimarse de derecho procesal consuetudinario. Por ende, es lícito considerar el art. 13 del Cód. Civil como derogado por el derecho procesal provincial consuetudinario”. GOLDSCHMIDT, Werner: “Derecho Internacional Privado”, 2° edición, Buenos Aires, editorial Depalma, año 1.974. N° 384, p.470.

³⁶⁴ Ver. PERUGINI, Alicia: “Aplicación del derecho extranjero de oficio y calificaciones en el derecho internacional privado argentino. La apariencia de la cuestión previa”, La Ley, 1.984-D,560.

³⁶⁵ Convención interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado, aprobada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. Ley N° 22.291.

³⁶⁶ ROUILLON, Adolfo, “Cuestiones de Derecho internacional privado en la ley concursal argentina 24.522” en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. 1.999, año XLIV N° 37, p. 29.

carga de la prueba.

La magistrado interviniente considera además que como consecuencia del aumento del comercio internacional, la evolución legislativa, tiende a permitir cada vez con menos trabas, el acceso a los tribunales argentinos de los acreedores cuyos créditos son pagaderos en el extranjero.

Con respecto al precedente citado del concurso Altarpec S.A. en el que el juez Mosso declaró inadmisibile el crédito pagadero en el extranjero, estimó que aquel no guarda sustancial identidad con el presente desde que el acreedor no había probado la existencia misma de la sociedad, ni la personería invocada con las legalizaciones de rigor, la documentación no había sido traducida, etc.

En consecuencia conforme lo expuesto el síndico pudo (merced a las atribuciones fijadas por el artículo 32) y el juez debió, dado el principio del “*iura novit curia*”, verificar cuál es el régimen jurídico de la ley francesa, que por otro lado no contiene discriminación respecto de los créditos pagaderos en el extranjero.

Afirma que la sentencia recurrida adolece de exceso de rigor ritual manifiesto en la apreciación de la carga probatoria, y de error normativo al haber cerrado los ojos a la legislación francesa.

Por dicha causa, considera innecesario ingresar en el análisis del resto de los agravios respecto a cuál es el lugar de pago cuando éste se hace por transferencia bancaria, al ámbito de aplicación del artículo 4° (si se aplica a todos los procesos universales de insolvencia o solo a la quiebra).

Conclusión del caso:

Corresponde acoger el recurso de inconstitucionalidad, sobreseer el de casación, revocar la sentencia recurrida y declarar verificado el crédito cuya insinuación se solicita en calidad de quirografario. Corresponde que el juez de primera instancia se pronuncie respecto del tema de la pesificación y la tasa de interés.

Costas de todas las instancias en el orden causado en razón de: a) El

acreedor se presentó por régimen de verificación tardía, b) La sindicatura y la concursada se opusieron a la verificación, c) Esta Corte declara la admisión del crédito pero sobre la base de una línea argumental que coincide sólo parcialmente con la recurrente.

El doctor Pérez Hualde adhiere a los fundamentos y voto de la dra. Kemelmajer de Carlucci.

Fallo:

“Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la sala primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, resuelve: 1° Hacer lugar a los recursos extraordinarios de inconstitucionalidad y casación deducidos a fs. 16/23 por la acreedora contra la sentencia de fs. 94/97 del expediente N° 42086/64745 “Sabate Sas. S.A en Covisan S.A. p/concurso preventivo s/verif. Tardía”, dictada por la Primera Cámara Civil Comercial, Minas, Paz y Tributario de la Segunda Circunscripción, la que se deja sin efecto. En consecuencia, la sentencia de Cámara queda redactada del siguiente modo: “I. Admitir el recurso de apelación deducido por la acreedora contra la resolución de primera instancia de fs. 55/57 la que se revoca, en consecuencia la parte resolutive de esa sentencia queda redactada del siguiente modo: i) Hacer lugar al incidente de verificación tardía y declarar verificado el crédito de Sabaté Sas S.A. por la suma que el juzgado determine conforme los criterios que el tribunal tiene establecidos en materia de pesificación, sin perjuicio del oportuno recurso y, en calidad de quirografario. II) Imponer las costas por su orden. III) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad. 2° Imponer las costas de los recursos de inconstitucionalidad y casación por su orden. 3° Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad. 4° Líbrese cheque a la orden del recurrente, por la suma de \$ 352 con imputación a las boletas de depósitos obrantes a fs. 1 y 2. Se deja constancia que la presente resolución no es suscripta por el doctor Fernando Romano, por encontrarse en uso de licencia (art. 88, apart.III CPC). Aida Kemilmajer de Carlucci. – Alejandro Pérez Hualde.”

Paridad de Dividendos

La disposición tiene por finalidad reestablecer la situación de igualdad que impone la regla de la *pars condictio creditorum*, cuando ella ha sido afectada por el pago realizado a un acreedor en detrimento de los demás.

Quintana Ferreira señalaba que se alude a un cobro judicial, pues el pago extrajudicial no constituye un procedimiento sino un acto jurídico. El fundamento de esta disposición es conservar, preservar el principio de la paridad de los acreedores en el concurso.

Es claro en la redacción del artículo que la disposición afecta sólo a los pagos efectuados en el extranjero con posterioridad a la apertura del concurso en razón que no puede sancionarse con esta medida a las operaciones efectuadas con una empresa o comerciante *in bonis*.

I.- b) Jurisdicción competente en el derecho de fuente interna argentina

Las disposiciones referidas a la jurisdicción concursal se encuentran contenidas en el artículo 3 que expresa:

Artículo 3.- *[Juez competente]. Corresponde intervenir en los concursos al juez con competencia ordinaria, de acuerdo a las siguientes reglas:*

1º) Si se trata de personas de existencia visible, al del lugar de la sede de la administración de negocios; a falta de éste, al del lugar del domicilio.

2º) Si el deudor tuviere varias administraciones es competente el juez del lugar de la sede de la administración del establecimiento principal; si no pudiere determinarse esta calidad, lo es el juez que hubiere prevenido.

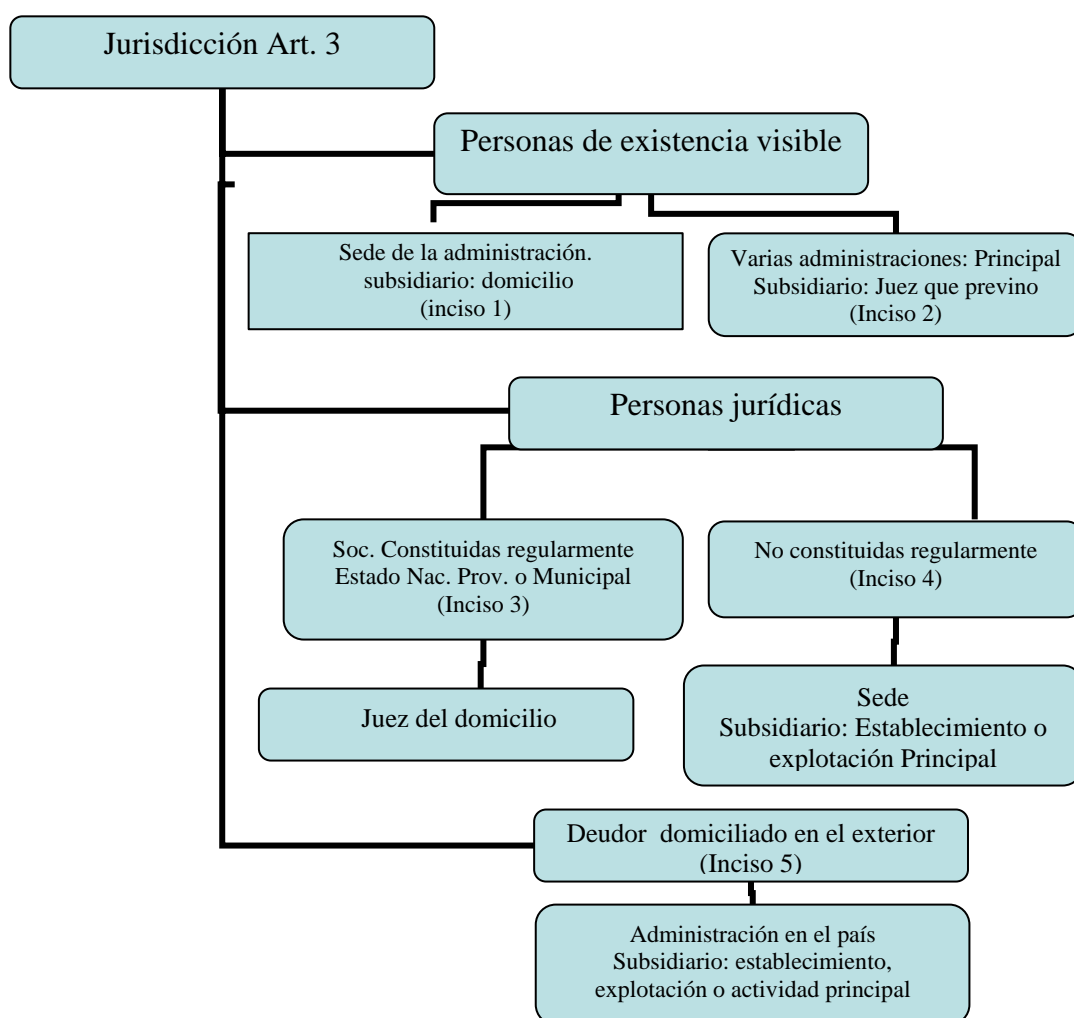
3º) En caso de concurso de personas de existencia ideal de carácter privado regularmente constituidas, y las sociedades en que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte -con las exclusiones previstas en el artículo 2º- entiende el juez del lugar del domicilio.

4º) En caso de sociedades no constituidas regularmente, entiende el juez del lugar de la sede; en su defecto, el del lugar del establecimiento o explotación principal.

5º) *Tratándose de deudores domiciliados en el exterior, el juez del lugar de la administración en el país; a falta de éste, entiende el del lugar del establecimiento, explotación o actividad principal, según el caso.*

En las palabras de Kaller de Orchansky “esta norma reguladora de la competencia territorial, es idónea para resolver conflictos de jurisdicción internacional.”³⁶⁷

Podemos sintetizar sus disposiciones en el siguiente cuadro.



³⁶⁷ KALLER de ORCHANSKY, Berta: "Nuevo manual de derecho internacional ..." ob. cit p.491.

A su turno el artículo 2 que regula respecto a quienes son los sujetos concursables contiene en su inciso 2 una disposición que con cierto matiz de estatuto real acepta, adopta el foro del patrimonio en los siguientes términos:

Artículo 2.- *Sujetos comprendidos: Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación.*

Se consideran comprendidos:

1. ...
2. *Los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país.*

Para este supuesto, como vimos, la ley de quiebras establece que el juez competente es el del lugar de la administración en el país o en su defecto, el del lugar del establecimiento, explotación o actividad principal, conforme lo prescribe el artículo 3 inciso 5. Cabe destacar que este inciso no estaba en la ley N° 19.551, sino que fue introducido por la reforma efectuada por la ley N° 22.917 en 1.983. Como puede observarse esta disposición hace excepción al principio general según el cual el domicilio del deudor determina la jurisdicción competente en materia concursal, sin ser relevante la nacionalidad del deudor.³⁶⁸ Evidentemente en este supuesto no se podía elegir aquel punto de conexión. Por ende, el legislador optó por puntos de conexión subsidiarios³⁶⁹ que abarcan en general lugares en que un deudor con domicilio en el extranjero puede desarrollar sus actividades comerciales, industriales o de otra índole en nuestro país.

El artículo 3° inciso 5° debe complementarse con el artículo 2 inciso 2° del mismo cuerpo legal que dispone que pueden ser declarados en concurso los deudores domiciliados en el extranjero, respecto de los bienes

³⁶⁸ En efecto, esta norma es compatible con el mandato constitucional acerca de la igualdad de los habitantes ante la ley (arts. 14, 16, 17, 18 y 20 de la Constitución Nacional).

³⁶⁹ Se define a los puntos de conexión subsidiarios como aquellos en los que “la norma indirecta, previendo el supuesto de ausencia del elemento erigido en el punto de conexión primario, designa uno con carácter sucedáneo al que habrá de recurrirse.” Ver el desarrollo del tema efectuado por la Dra.

existentes en el país. De esta manera se consagra el denominado foro del patrimonio que permite la apertura de un concurso en la Argentina por la sola existencia de bienes en el territorio de nuestro país. Este precepto es entonces una regla especial que requiere que se cumpla la exigencia de la existencia de bienes en el país para habilitar al juez argentino a que declare la quiebra.

La doctrina especializada se ha preguntado acerca del fundamento de la excepción introducida por el artículo 2° inciso 2°. En tal sentido de la Exposición de Motivos de la ley 19.551, resultaría que el objetivo del antiguo artículo 5° inciso 2° (hoy artículo 2° inciso 2°) es proteger los intereses de los acreedores nacionales. Asimismo, se ha afirmado que este precepto responde a un principio de soberanía estatal.³⁷⁰ Berçaitz por su parte sostiene que el propósito de la norma es posibilitar la igualitaria liquidación de tales bienes a favor de los créditos que son exigibles en el país³⁷¹.

Asimismo, esa norma ha suscitado controversias en la doctrina, acerca del carácter superfluo o no de la misma.

Para autores como Quintana Ferreyra³⁷² su inclusión no es innecesaria ya que tiene su justificación en el supuesto de concursos abiertos en el extranjero reivindicando la soberanía argentina respecto de los bienes radicados en la República Argentina. En efecto, el autor afirma que el primer párrafo del artículo 4° no modifica, sino que complementa el artículo 2° y constituye su fundamento. En cambio, Cámara³⁷³ sostuvo al respecto que la mención es superflua en tanto está comprendida en el encabezado del mismo artículo 2° que no discrimina entre sociedades o comerciantes domiciliados en el país o en el extranjero.

FELDSTEIN de CÀRDENAS, Sara L. en "Lecciones de Derecho Internacional Privado – Parte General" – Ed. Universidad - Capítulo II. Pag. 67- 69.

³⁷⁰ HEREDIA, Pablo: "Tratado exegético de Derecho Concursal", Tomo 1, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2.000, p.250 y ss.

³⁷¹ Ver BERCAITZ, Ana: "La nueva ley de concursos y el derecho internacional privado", en ED t. 43 p. 1110.

³⁷² QUINTANA FERREYRA: "Concursos. Ley 19.551", Tomo 1, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1.981, p. 49.

³⁷³ CÁMARA, Héctor: "El Concurso Preventivo y la Quiebra", Volumen 1, Ed. Depalma. Buenos Aires, 1.980, p. 304.

Ahora bien, el artículo 2° inciso 2° consagra un "foro de patrimonio" por el cual no interesa que el deudor domiciliado en el extranjero tenga agencia o sucursal en la República, simplemente basta con que posea "bienes existentes en el país".

La aceptación o adopción del foro del patrimonio lleva implícito, conduce a la adopción o aceptación de una postura territorialista en materia de quiebras o insolvencia internacional.

Implica la posibilidad –o exigencia- de abrir, iniciar, instar, tantos pedidos de quiebra o trámites concursales independientes como bienes del deudor existen en distintos territorios nacionales.

Tendrán competencia –concurrente- para entender en dichos procesos todos los jueces del Estado en donde el deudor concursado posea bienes.

Es en este punto donde corresponde efectuar algunos interrogantes: ¿Con esta amplitud debe leerse, e interpretarse el inciso 2 del artículo 2 de nuestra Ley de Concursos y Quiebras? ¿Es compatible la adopción del sistema de la territorialidad del concurso internacional, con el reconocimiento (extraterritorial) de la declaración del concurso en el extranjero, como causal de apertura del concurso en el país que se establece en el artículo 4 de dicha ley? ¿Puede un sistema jurídico adoptar ambos criterios y mantener coherencia y armonía en sus disposiciones? ¿Cuál es la regla y cuál la excepción? ¿Existe algún límite, o en alguna medida cierto condicionamiento para la habilitación del foro del patrimonio?

Otra pregunta que debemos hacernos a esta altura del análisis propuesto es qué se comprende por esta expresión o requisito "de bienes existentes en el país". Aquí entra a jugar nuevamente un tema de importancia para el derecho internacional privado como son las "calificaciones".³⁷⁴

³⁷⁴ Sobre un desarrollo *in extenso* sobre "la cuestión de las calificaciones", puede verse BIOCCA, CARDENAS BASZ: "Lecciones de Derecho Internacional Privado", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1.997, p. 169 y ss.

Así, tal como afirma, Boggiano, cuando el artículo 2° alude a "bienes" del deudor, debemos remitirnos a lo que expresa el Código Civil al respecto, por aplicación de la *lex fori*. De esta manera la definición de bienes en nuestro derecho se halla en el artículo 2312 del Código Civil³⁷⁵, según el cual son las cosas (artículo 2311CC)³⁷⁶ y los objetos inmateriales susceptibles de valor. Quedan entonces comprendidos las cosas muebles e inmuebles, los derechos creditorios y los derechos reales, los derechos intelectuales como las patentes de invención, las marcas, los dibujos, los diseños industriales, los modelos de utilidad, entre otros. En cambio estarían excluidos los derechos extra-patrimoniales, en virtud del artículo 108 de la Ley de Concursos y Quiebras.

En este sentido se pronunció la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial in re Transportadora Coral S.A. s/ concurso preventivo del 9 de diciembre de 1.992³⁷⁷: *"Los términos empleados por las normas atributivas de jurisdicción internacional deben calificarse a tenor de la lex fori. De allí que debe remitirse el concepto que respecto de los bienes establece el artículo 2312 del Código Civil con las distinciones pertinentes en orden al carácter de los mismos"*.³⁷⁸

Acerca de los bienes situados en el territorio argentino, no sería necesario acreditar, según sostiene Alegría, que los bienes en cuestión constituyen un establecimiento, independiente o no, ni la importancia relativa que tengan con relación al patrimonio total.³⁷⁹

El otro interrogante acerca de la expresión que analizamos es qué significa "existentes". Para responder al mismo, se debe tener en cuenta la

³⁷⁵ Artículo 2312: 'Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman "bienes". El conjunto de los bienes de una persona constituye su "patrimonio".' Código Civil Argentino. Ed. Abeledo – Perrot.

³⁷⁶ Artículo 2311: "Se llaman "cosas" en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor". Código Civil Argentino. Ed. Abeledo – Perrot.

³⁷⁷ ED t. 155, p. 270.

³⁷⁸ En el mismo sentido, "Mid American Credit Corporation" Cámara Nacional Comercial, Sala A, 22 de mayo de 1.991.

³⁷⁹ ALEGRÍA, Héctor: "Extraterritorialidad de los concursos", Revista Lecciones y Ensayos, N° 47, 1.987, p. 34.

situación física del bien. En esta inteligencia, Boggiano³⁸⁰ manifiesta que en relación con los inmuebles situados en la Argentina, no existen dificultades ya que resulta aplicable el artículo 10 del Código Civil.³⁸¹ En efecto, las dudas que pudieran suscitarse en torno del carácter mueble o inmueble por aplicación de la *lex rei sitae*, se disipa. En cambio, más dudoso resulta la aplicación del artículo 11³⁸² de dicho cuerpo legal en materia de bienes muebles. En este sentido Boggiano se pregunta si las mercaderías que se tienen en el país para ser transportadas o vendidas están regidas, sometidas para su calificación al derecho del domicilio del dueño, es decir si el derecho del domicilio del dueño de las mercaderías es el que decide si el lugar de radicación de ellas está en la Argentina o en el extranjero. Responde negativamente fundándose en que a los conceptos que contienen las normas de jurisdicción internacional se los califica según la ley del juez. Por ende, el derecho argentino determina si los bienes muebles son o no existentes en el país.

Respecto de los bienes inmateriales, la condición de existencia en el país depende de cada caso. Si se trata de un bien registrable, será localizado en el lugar de registro. En cambio, si se trata de créditos se considerarán localizados en el sitio en que debe cumplírselos o en donde se pueda obtener una medida precautoria útil que proteja su cumplimiento.

Otro aspecto que ha suscitado un profundo debate consiste en las consecuencias de aquellos casos en que existan bienes ubicados en la

³⁸⁰ BOGGIANO, Antonio: "Curso de Derecho Internacional Privado", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.001, p. 867 y ss.

³⁸¹ Artículo 10: "Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, a los derechos de las partes, a la capacidad de adquirirlos, a los modos de transferirlos, y a las solemnidades que deben acompañar esos actos. El título, por lo tanto, de una propiedad raíz, sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República".

³⁸² Artículo 11: "Los bienes muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportados, son regidos por las leyes del lugar en que están situados; pero los muebles que el propietario lleva siempre consigo, o que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar, son regidos por las leyes del domicilio del dueño".

Corresponde recordar que nuestro codificador, en la nota de este artículo, y siguiendo a Story, aclara: "Las cosas muebles, sin asiento fijo, susceptibles de circulación rápida, ... no participan del territorio en que ocasionalmente se encuentran y en esas circunstancias peculiares a ellas, se funda el artículo y la excepción. Story, Conflict of Laws."

Argentina, pertenecientes al deudor fallido domiciliado en el extranjero, pero no existan acreedores locales, es decir acreedores cuyos créditos sean pagaderos en la Argentina. Al respecto, Rouillon³⁸³ entiende que este deudor no podría ser declarado en quiebra en la Argentina, ya que "la regla de competencia del artículo 2° inciso 2° de la LCQ debe interpretarse que exige la simultánea existencia de bienes en el país y, a la vez, acreedores "locales" (...). Es cierto que el artículo 2°, inciso 2° de la LCQ sólo alude a la existencia de bienes en el país, pero si tal supuesto se diera sin acreedores "locales", no se configuraría el interés tutelable por la ley argentina para declarar la quiebra en el país. Esa disposición legal excepcional está concebida para proteger a los acreedores cuyos créditos son exigibles en la Argentina y que no podrían obtener aquí la declaración de quiebra de su deudor domiciliado en el extranjero pese a la existencia de bienes en el país, si no se afirmara la jurisdicción internacional argentina en dicho supuesto". En el caso en que este deudor careciera de deudas exigibles en la Argentina, el autor concluye que "la sola existencia de bienes en ésta es insuficiente para sostener la competencia del juez argentino". En tales supuestos Rouillon sostiene que los bienes en el país deberían ser entregados al concurso extranjero íntegramente cuando se solicitara. En relación con este último aspecto, Kaller de Orchansky ha entendido que la solución es idéntica a la del supuesto en que habiendo sido satisfechos los créditos locales quedare un sobrante. La autora afirma que en la práctica es igual que no existan créditos locales porque nunca los hubo o porque, habiendo existido, ya han sido pagados. En definitiva, como no existirían créditos locales para tutelar, los bienes existentes en el país serían tratados como remanentes de un juicio de quiebra local.³⁸⁴

³⁸³ ROUILLON, Adolfo A. N.: "Aproximación esquemática al régimen argentino ...", www.iiiglobal.org.; también: "Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la ley concursal argentina (a propósito de la reforma legislativa de 1983)", RDCO diciembre de 1.984, N° 102, p. 788; y también: "¿Puede el juez argentino declarar la quiebra de una persona sin bienes en el país y domiciliada en el extranjero? El caso Proberan International Corp", en La Ley 2.002-A, 387 y ss.

³⁸⁴ KALLER de ORCHANSKY, Berta: "Régimen de la quiebra extranacional", en LL 129, p. 1183.

Una opinión encontrada a la expuesta por Rouillon, es sustentada por Lorente³⁸⁵, quien critica la sentencia que analiza en cuanto sostiene que: "no se discute que únicamente pueden solicitar el concurso aquellos cuyo créditos deben hacerse efectivos en el país; consecuentemente no pueden hacerlo quienes deben ser pagados en el extranjero, sea el lugar de pago o no el de la sede; sin interesar la nacionalidad ni el domicilio". Por el contrario, el autor sostiene que para hacer viable un pedido de quiebra de un deudor domiciliado en el extranjero no siempre es necesaria la existencia simultánea de los dos recaudos establecidos en el primer párrafo del artículo 4° y en el artículo 2° inciso 2° de la LCQ, ya que si existen bienes del accionado en el país, cualquier acreedor (local o extranjero) puede pedir la apertura de un concurso en el país. En efecto, la limitación respecto de la legitimación para pedir la quiebra de un deudor extranjero establecida en el artículo 4° sólo se refiere al caso en que el acreedor local puede pedir la quiebra de su deudor sin la necesidad de acreditar algunos extremos, en particular el estado de cesación de pagos del deudor, con fundamento en que el demandado ya tiene abierto un concurso en el extranjero.

En lo que concierne a los efectos de esta clase de quiebras, la doctrina especializada entiende que son limitados ya que son meramente territoriales, y no afectan al *status personae* del deudor, quien no puede ser inhabilitado por el juez argentino. En definitiva, se trata de una liquidación para la distribución del activo, de acuerdo a las prioridades del derecho argentino concursal.³⁸⁶

Finalmente, la doctrina suele analizar la vinculación entre el artículo 2° inciso 2° y el artículo 4° de la LCQ, por resultar ello fundamental para comprender la coherencia de nuestro sistema concursal. En esta inteligencia, Boggiano³⁸⁷ ha sostenido que, en tanto que respecto de los bienes existentes en el país, queda habilitada la jurisdicción argentina sin

³⁸⁵ LORENTE, Javier Armando: "¿Sólo un acreedor "local" puede pedir la quiebra de un deudor domiciliado en el extranjero", nota al fallo Austral Bank International s/ pedido de quiebra por Caramschi, José (CNCCom, sala B, 20 de octubre de 1.999), en ED t. 187, p. 197.

³⁸⁶ ROUILLON, Adolfo: "Aproximaciones esquemáticas...", op.cit. www.iiiglobal.org;

invadir la jurisdicción de tribunales extranjeros respecto de bienes ubicados en el exterior, se materializa la posibilidad de la pluralidad de juicios, prevista en el artículo 4° LCQ, en virtud del foro del patrimonio. Es decir, la jurisdicción internacional argentina fundada en la existencia de bienes en el territorio argentino de un deudor domiciliado en el extranjero no es exclusiva. En efecto los jueces del domicilio o de la sede social del deudor tienen competencia concurrente. De este modo, el concurso declarado en el extranjero no podrá ser invocado en la República para disputar los derechos de los acreedores locales sobre los bienes ubicados en la Argentina, ni podrá ser invocado para anular los actos celebrados en el país por el deudor (artículo 4°, primer párrafo, segunda frase). Pero, la declaración de concurso o de quiebra por parte del juez del domicilio extranjero del deudor será causal de apertura del concurso argentino, respecto de los bienes existentes en nuestro país a pedido del deudor o del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República Argentina (artículo 4°, primer párrafo, primera frase). Es decir no será necesario acreditar el estado de insolvencia. Sin embargo la quiebra declarada en la Argentina será obligatoriamente territorial ya que, como dijimos, se limita a la liquidación del activo existente en el territorio nacional.

Puede pensarse, y ello sin pretender sostener a ultranza los principios de la dogmática jurídica que investiría de características especiales al legislador, que no podemos considerar que las disposiciones del inciso 2 del artículo 2 sean superfluas, como así tampoco que su principal fundamento lo constituya el principio de la soberanía estatal. Dentro de esta línea de pensamiento puede concluirse necesariamente que el artículo 3° inciso 5° deba complementarse con el artículo 2 inciso 2° que dispone que pueden ser declarados en concurso los deudores domiciliados en el extranjero, respecto de los bienes existentes en el país, consagrando así, el denominado foro del patrimonio que permite la apertura de un concurso en la Argentina por la sola existencia de bienes en el territorio de nuestro país. Es

³⁸⁷ BOGGIANO, Antonio: "Curso de ...", op. cit. p. 870 y ss.

más, encontramos sólidos fundamentos para considerar que no se trata de normas tendientes a completar las disposiciones del artículo 4 sino antes bien cada una de estas disposiciones, contemplan situaciones distintas, aunque, como es lógico suponer, deben ser interpretadas de manera armónica y dentro del contexto jurídico.

La cuestión de los concursos y quiebras internacionales, de personas cuya actividad excede el ámbito nacional, sea por poseer un patrimonio internacionalmente disperso, o domicilio en el exterior, se encuentra en especial regulada por el artículo 4 de la LCQ. Este no es un tema más que deba tenerse en cuenta sólo al momento de solicitarse la apertura en el país de un concurso, sin acreditar el estado de cesación de pago, y con la sola sentencia de quiebra emanada de autoridad judicial extranjera. Por el contrario, con el criterio establecido en este artículo 4 debe analizarse e interpretarse el resto de las disposiciones referidas a insolvencia internacional, ya que en él se adopta, se asienta el principio extraterritorial o de la universalidad de la quiebra.

Es imposible sostener entonces que con la misma fuerza la ley reconoce, sin más el foro del patrimonio, que es una clara expresión del sistema territorialista.

El juez competente en el ámbito internacional para la ley argentina es siempre el del domicilio o establecimiento del deudor, ante el cual deberá instarse el procedimiento (principal) de insolvencia. A su turno el procedimiento puede tramitar por juicio único o juicios plurales.³⁸⁸

Pero si bien nuestro ordenamiento adopta el sistema de la extraterritorialidad, con ciertas limitaciones por cierto, contiene disposiciones para atender aquellas situaciones de insolvencia que nos vinculen con otros ordenamientos jurídicos que recepten el criterio territorialista contemplando la situación del deudor que teniendo su establecimiento o domicilio en el

³⁸⁸ Ver un adelanto de este tema en RODRÍGUEZ, Mónica Sofía: "Algunos aspectos sobre la Insolvencia de las empresas Internacionales y Regionales". Revista Síntesis Forense N° 88, del Colegio de Abogados de San Isidro. Año 2.000. También: "Armonización legislativa en materia de

exterior, no se encuentra en quiebra en dicha jurisdicción, y por lo tanto, sin proceso concursal que permita participar a los acreedores locales, es decir aquellos cuyos créditos sean pagaderos en el país³⁸⁹, o bien porque la quiebra extranjera excluya a los acreedores con lugar de pago en la Argentina, o porque como consecuencia del criterio territorialista adoptado por aquel país, la masa concursal del procedimiento extranjero solo esté formada por los bienes sitos en su territorio.

En estos supuestos se concede competencia –a través de la utilización de puntos de conexión subsidiarios- a los jueces del lugar de la administración, establecimiento o explotación o actividad principal en el país, (conforme artículo 3, inciso 5).

Quizás haya que compartir el pensamiento de Rouillon, cuando afirma que debe entenderse que "la regla de competencia del artículo 2° inciso 2° de la LCQ exige la simultánea existencia de bienes en el país y, a la vez, acreedores "locales" (...)", ya que si la existencia de bienes en el país se diera sin acreedores "locales", no se configuraría el interés tutelable por la ley argentina para declarar la quiebra en el país.

Es en los supuestos en que la pluralidad de concursos, bien es impuesta por la aplicación extraterritorial de una sentencia de quiebra extranjera; o por la imposibilidad de abrir el concurso en el domicilio o establecimiento (extranjero) del deudor o empresa allí solvente por la adopción del principio territorialista de la legislación extranjera, que cobra fuerza el foro del patrimonio (artículo 2, inciso 2) y en la medida de la existencia de un interés tutelable. En el caso que este deudor careciera de deudas exigibles en la Argentina, la sola existencia de bienes en ésta es insuficiente para sostener la competencia del juez argentino.

Puede pensarse que quizás el único supuesto en el que revestiría interés práctico el decreto de una quiebra de esta clase sería con el fin de

Insolvencia Internacional. La quiebra comercial en los Tratados de Montevideo de 1940"- Revista Síntesis Forense N° 90 – Colegio de Abogados de San Isidro.

extender la quiebra a la casa matriz de la sucursal argentina o bien para generar la responsabilidad de terceros no insolventes. En estos supuestos no sería presupuesto el estado de insolvencia del sujeto al que se le decreta la quiebra por extensión. Sin embargo, en nuestro ordenamiento concursal si bien existen normas vinculadas a la extensión de la quiebra y a los grupos económicos, ellas no están dirigidas en particular hacia los casos de insolvencia internacional. Por otra parte, los efectos de la declaración de la quiebra por extensión por parte de los jueces argentinos en el extranjero, dependerán de la legislación en la materia de este país.

También puede pensarse que esta interpretación del criterio atributivo de jurisdicción internacional es la contrapartida por un lado de la existencia de derechos estatales que mantienen la pluralidad y por el otro que no hay alternativa debido a que el artículo 4 de la LCQ no contempla todas las posibilidades que pueden presentarse en la materia hasta abrir el mentado foro del patrimonio aunque no haya acreedores interesados en ello.

A continuación efectuaremos el análisis de distintos fallos que dan cuenta de la evolución sufrida por la legislación nacional y la interpretación que de ella han efectuado nuestros tribunales.

Jurisprudencia:

Caso: Panair do Brasil, S.A. quiebra, (exhorto del Brasil)³⁹⁰

Si bien al momento de pronunciarse el fallo en análisis (1.975), se encontraba en vigor la ley N° 19.551; debe recordarse que al momento de producirse los hechos se encontraba vigente la ley N° 11.719 que contemplaba la cuestión de las quiebras extranjeras en el reiteradamente mencionado artículo 7, resultando por lo tanto, aplicables sus disposiciones.

³⁸⁹ Por esta misma razón, y para contemplar posibles desigualdades en la legislación extranjera es que recepta cuestiones tales como la reciprocidad y las preferencias nacionales (artículo 4, 3° y 4° párrafos).

Con un claro y marcado criterio territorialista disponía que la declaración de quiebra pronunciada en país extranjero, no puede invocarse contra los acreedores que el fallido tenga en la República, ni para disputarles los derechos que pretendan tener sobre los bienes existentes en el territorio nacional, ni para anular los actos que hayan celebrado con el fallido. Consignaba igualmente que declarada la quiebra en la República, si la misma persona o sociedad estuviese concursada en el extranjero, no se tendrá en consideración a los acreedores que pertenezcan al otro concurso, sino para el caso, en que pagados íntegramente los acreedores existentes en la República, resultase un sobrante.

Cabe recordar asimismo, que la aplicación del derecho argentino de fuente interna, surge ante la falta de norma convencional sobre concursos y quiebras que nos vinculara con la República Federativa del Brasil, carencia que aún subsiste.

Hechos:

Decretada en Brasil la quiebra de la empresa Panair do Brasil S.A., el juez interviniente del Juzgado de Derecho de la Sexta Jurisdicción en lo Civil de la ciudad de Río de Janeiro, exhortó al juez argentino el auxilio procesal para la liquidación de los bienes de la masa de la quiebra sitos en la Argentina, haciéndole saber que el Dr. Manuel Gonzalo Graña Etcheverry había sido designado por el síndico de la quiebra brasileña, para actuar en su nombre y representación en la República Argentina.

El juez argentino, considerando la inoponibilidad de la quiebra pronunciada en el país extranjero respecto de los acreedores de la fallida en la República, resolvió de conformidad con artículo 7º de la ley Nº 11.719, anunciar el día y hora del sorteo del síndico que deberá intervenir en autos, emplazando a los acreedores para que en el término de treinta (30) días, presenten ante el síndico los títulos justificativos de sus créditos, fijando audiencia para que los acreedores concurren a la junta para la verificación y

³⁹⁰ Causa 28.946- Panair do Brasil S.A. s/quiebra (exhorto del Brasil) CSJN, 5 de julio de 1.972. ED, 70-387 a 391.

graduación de créditos, mandando clausurar el local de Panair do Brasil en el país e inventariar los bienes.

Este proceder fue confirmado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, y posteriormente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fundamento en la inoponibilidad de la quiebra pronunciada en el país extranjero respecto de los acreedores que la fallida tenga en el territorio de la República.

El Dr. Graña Etcheverry -representante de la sindicatura brasileña, impugnó el único crédito verificado a favor de la Dirección Nacional de Recaudación Previsional (\$ 90.679,96.-), formándose el respectivo incidente.

No obstante ello, posteriormente se presenta y consigna la suma de \$ 200.000 consintiendo en que se libre cheque a favor de la citada Dirección, quien desiste del incidente de impugnación y expresamente acepta que el crédito quede firme en la suma establecida por la sindicatura y verificada por el juzgado.-

En este estado de cosas se presenta el Dr. Jorge Osvaldo Azpiri, acompañando boleta de depósito por la suma del crédito verificado, dando en pago (con subrogación de los derechos de la acreedora) y solicitando se designe al síndico como liquidador, se impulse la liquidación y se resuelva el decreto de quiebra.

Graña Etcheverry se opone al pago con subrogación, se corre traslado al Dr. Azpiri de la oposición planteada quien contesta en base a los siguientes argumentos:

- 1) En virtud a la pluralidad de la quiebra, ningún acreedor nacional puede ser desinteresado sino a través de la liquidación de los bienes sitos en el país.
- 2) Que el Dr. Graña Etcheverry no está autorizado a realizar pagos a los acreedores nacionales pues su mandato no puede hacerse valer en la República.
- 3) Que encontrándose desapoderada de los bienes, la fallida no pueda realizar otros actos que no sean de control de la liquidación de sus bienes.

4) Que el pago realizado por Graña Etcheverry era condicionado, por lo que debe admitirse su posterior pago con subrogación.

Fundamentos del fallo de Primera Instancia:

Se pone de relieve que el artículo 7 de la ley Nº 11.719 impidió que la sentencia de quiebra dictada por el juez brasileño tuviera eficacia extraterritorial en la Argentina a los efectos que el representante designado en el país por el síndico brasileño actuara ejerciendo la sindicatura sobre la masa local.

Precisamente por la carencia de efectos extraterritoriales de la sentencia brasileña no pesa sobre la fallida en Brasil, interdicción alguna de pagar a sus acreedores en la Argentina.

Es decir que puede pagar sus deudas en el país en base a la estricta territorialidad de la sentencia de quiebra extranjera.

Que ello no implica, sin embargo desconocer la validez y eficacia en el territorio brasileño en que fuera declarada. Por el contrario, reconocida la quiebra en el extranjero de Panair do Brasil, se desprende la consecuencia de reconocer también a su representante allí designado, es decir la sindicatura brasileña.

En cuanto a las facultades de pagar conferidas al síndico, el contenido de los mandatos es válido con arreglo al derecho del lugar de cumplimiento de los mismos de conformidad con el artículo 1.209 del Código Civil³⁹¹, situándose en Buenos Aires tanto el domicilio del apoderado como el lugar de pago.

Por ello queda admitida a la fallida brasileña la facultad de pagar en nuestro país, y nada obsta a reconocer la misma facultad a los

³⁹¹ Artículo 1209: Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deban ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros.
En la nota a este artículo –en conjunto con el artículo 1210-, Vélez cita a Story, refiriendo que “... la Suprema Corte de los Estados Unidos, en un caso entonces reciente, así lo había juzgado, estableciendo como un principio general, que los contratos hechos en un lugar para ser cumplidos en otro, son regidos por las leyes del lugar de la ejecución.”

representantes designados directa o indirectamente por la sindicatura extranjera.

Como puede observarse, el juez actuante aclara que la facultad de pagar debe admitirse precisamente porque la quiebra brasileña es inoponible a los acreedores locales, resalta su carácter territorial.

No es la quiebra brasileña la que se extraterritorializa en el país sino la representación de la fallida brasileña, que se ejercita en la Argentina para realizar un acto jurídico como el pago, válido según el derecho argentino por la inexistencia de quiebra del deudor en la República.

Pago Condicionado:

En referencia al argumento del pago condicionado el juez advierte que la condición se cumplió pues la Dirección Nacional de Previsión insistió en el cobro de su crédito, insistencia que habría sido la condición del pago, y una vez cumplida la condición los efectos del pago se retrotraen a la fecha en que el mismo se hizo efectivo.

En virtud a estas consideraciones el juez de primera instancia, Dr. Antonio Boggiano rechaza la petición con costas.

El Dr. Azpiri apeló esta decisión.

Dictamen del fiscal de Cámara:

Como se advierte, son dos las cuestiones fundamentales a debatir en estos autos, una de ellas referida a si el pago efectuado por el tercero, es hábil para subrogarlo en los derechos del único acreedor existente en juicio, la otra respecto a si pudo la sociedad declarada la fallida en Brasil, pagar válidamente a ese único acreedor evitando con ello la liquidación de sus bienes en el país. Esto último implica la consideración de los distintos criterios respecto a la territorialidad o extraterritorialidad de la quiebra.

Sostiene el fiscal de Cámara dr. Guillermo Céspedes, que en razón de la retroactividad del pago efectuado por el representante de la sindicatura brasileña, el posterior pago efectuado por el Dr. Azpiri carece de fundamento porque pretende pagar un crédito ya extinguido con anterioridad.

Respecto al pago por subrogación, tampoco considera que se encuentren cumplidos los presupuestos del inciso 3º del artículo 768 del código civil³⁹², en virtud que la deudora –por intermedio de su representante necesario- ha expresado su oposición expresa.

El apelante Dr. Azpiri había sostenido que la única forma de desinteresar a los acreedores argentinos es mediante la liquidación de los bienes existentes en el país por haberse seguido el procedimiento de la quiebra, lo que produjo el desapoderamiento de la fallida y su imposibilidad de pagar.

Asimismo sostiene que “las merituaciones que formula el apelante en su memorial... se fundamentan en un apego ritual a los procedimientos de liquidación de la masa activa de la fallida establecida en la ley concursal, cuando en realidad no existe sentencia de quiebra dictada por un tribunal argentino que autorizara la aplicación de esas disposiciones legales...”.

Por estas consideraciones, el agente fiscal vierte su opinión en el sentido de confirmar la resolución de primera instancia examinada.

Segunda Instancia:

El Tribunal integrado, por los magistrados Atilio Alterini, Eduardo Guzmán, analiza en primer orden si el representante de la sindicatura brasileña pudo válidamente extinguir e único crédito existente en el país.

Al respecto afirma que en autos no media sentencia de quiebra en virtud que la finalidad perseguida con el procedimiento local ha sido la designación de un síndico por el tribunal argentino impidiendo de esta manera que tuviera efectos extraterritoriales la designación efectuada por el juez de la quiebra radicada en el Brasil. Pero de ello no se sigue que Panair do Brasil se halle en quiebra en la República Argentina. Asimismo reitera que la declarada en el extranjero no se extraterritorializa (artículo 7 ley Nº 11.719).

³⁹² Artículo 768: “La subrogación tiene lugar sin dependencia de la cesión expresa del acreedor a favor:

...

El tribunal refiere a su turno que la conclusión de la quiebra puede producirse por modo distinto de la liquidación de los bienes, ello así en cuanto el artículo 229 de la ley N° 19.551 dispone que debe declararse la conclusión de la quiebra cuando se agrega al expediente carta de pago de todos los acreedores, lo que implica que el fallido pudo válidamente extinguir las obligaciones.

Por ello el fallido que pagare a su único acreedor y éste lo aceptare acordando carta de pago produciría la conclusión de la quiebra sin liquidar los bienes.

En referencia a la validez del mandato, desestima el planteo de nulidad ya que en la Argentina no media sentencia de quiebra y aunque la hubiera, como ya se dijo, no obstaría a que el fallido obtuviera carta de pago.

Más aún en el supuesto que el pago hubiera sido inválido, para que el tercero tenga derecho de pagar debe tratarse de un tercero interesado (quien no siendo deudor puede sufrir un menoscabo en un derecho propio si no se paga la deuda).

Para que opere la subrogación pretendida, mediando expresa oposición del deudor, es necesario que se trate de un tercero interesado en los alcances del artículo 768 inciso 1º, 2º, 4º, y 5º del Código Civil,³⁹³ o de un tercero que no siendo interesado pague con conocimiento o ignorancia del deudor (artículo 768 inciso 3º).

El tercero no ha demostrado, ni manifestado ningún interés propio en efectuar el pago, y al no haber demostrado tampoco estar comprendido en ninguno de los supuestos de tercero interesado, y como tal estar legitimado

3º Del tercero no interesado que hace el pago, consintiéndolo tácita o expresamente el deudor, o ignorándolo;

³⁹³ Artículo 768: “La subrogación tiene lugar sin dependencia de la cesión expresa del acreedor a favor:

1º Del que siendo acreedor paga a otro acreedor que le es preferente;

2º Del que paga una deuda al que estaba obligado con otros o por otros,

...

4º Del que adquirió un inmueble, y paga al acreedor que tuviese hipoteca sobre el mismo inmueble;

5º Del heredero que admitió la herencia con beneficio de inventario, y paga con sus propios fondos la deuda de la misma.”

para pagar, o al menos contar con el asentimiento del deudor, su depósito carece de la eficacia que pretende darle.

Fallo de Cámara:

Por ello, de conformidad con el dictamen del Fiscal de Cámara, se resuelve confirmar en todas sus partes la sentencia recurrida. Con costas.

Corte Suprema de Justicia de la Nación:

Contra dicha sentencia se planteó recurso extraordinario que fue resuelto por nuestra Corte Suprema con fecha 5 de julio de 1.972.

Luego de destacar que en autos no resulta aplicable el Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1.940, que no fue ratificado por Brasil, y que la normas contenidas en el acuerdo celebrado con dicha Nación para ejecución de cartas rogatorias no abonan, explícita ni implícitamente, la pretensión del apelante de hacerse cargo de las funciones correspondientes al síndico designado en autos, decide dejar *“claramente establecido que dentro de nuestro ordenamiento jurídico el síndico de una quiebra inviste el carácter de funcionario; por donde resulta que de ninguna manera podría aceptarse, sin menoscabo del orden público interno, salvo expresa disposición pactada en contrario- que un nombramiento emanado de un tribunal extranjero pueda privar a un juez argentino de la atribución que le confieren las leyes argentinas en dicha materia.”*

Con estos fundamentos se confirma la sentencia de Cámara por los dres. Roberto Chute, Marco Risolía, Luis Cabral y Margarita Argúas.

Conclusión del fallo:

Como puede observarse las cuestiones debatidas en el presente rondan, se mueven alrededor de una cuestión primordial que es la consideración del carácter territorial o extraterritorial de la declaración de quiebra ocurrida en el extranjero.

Eran claros los términos del entonces vigente artículo 7 de la ley Nº 11.719, en la adopción del criterio territorialista de la insolvencia internacional.

Por cuanto, más allá del error en el que incurre la Corte al considerar la cuestión como contraria al orden público interno,³⁹⁴ nada cabe observar a las consideraciones expuestas por los jueces intervinientes en las distintas instancias, ni a los dictámenes fiscales.

La falta de casos como el presente, en los que se debata la autoridad, la naturaleza de la actuación de los representantes, síndicos y funcionarios de procesos extranjeros ha llevado a alguna doctrina a señalar “no ha habido más casos en los que síndicos extranjeros hayan intentado actuar en tal carácter ante los jueces argentinos, de manera que es posible concluir que el fallo “Panair do Brasil” ha sido un eficaz impedimento para ello.”³⁹⁵

Pero el lector de hoy debe estar advertido que mucho agua ha corrido bajo el puente en el tema de la insolvencia transfronteriza.

Ello no solo en la evolución legislativa ocurrida, y ya reseñada; sino asimismo en la interpretación que la doctrina efectúa al actual y extenso artículo 4 de la ley N° 24.522 – el cual no ha variado su redacción en las posteriores modificaciones, que contempla y regula cuestiones tales como los concursos declarados en el extranjero, la pluralidad de concursos, la reciprocidad, y la paridad de dividendos.

Caso: **"Proberan International Corp. S.A. s/ pedido de quiebra por: Braticevich, Jorge"** resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial el 13 de abril de 2.000.³⁹⁶

Los hechos del caso:

Proberan S.A., sociedad constituida en la República de Panamá, decidió establecer una sucursal en la Ciudad de Buenos Aires, República Argentina. En el Acta en la que consta tal decisión figura que le fue asignado

³⁹⁴ La consideración dual del concepto de orden público, se debe a las enseñanzas de Federico Carlos de Savigny, quien distinguía entre el orden público interno, como freno a la autonomía de la voluntad de las partes, y el concepto de orden público internacional considerado como un freno a la aplicación del derecho extranjero.

³⁹⁵ DOBSON, Juan: “Derecho Comercial Internacional: MERCOSUR – Unión Europea, Capítulo XVI Procedimientos de insolvencia transfronteriza” –. Ed. Reus – ByF, 2.005, p. 687.

³⁹⁶ Un adelanto del desarrollo de este tema puede verse en: “Proberan International Corp. S.A. s/ pedido de quiebra por: Braticevich, Jorge” resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial el 13 de abril de 2.000, comentado por Sara Lidia FELDSTEIN de CÁRDENAS, Mónica

"cierto capital" y se le designó un representante con poder y mandato suficientes para actuar al frente de tal sucursal, y en estos términos fue registrada en la Inspección General de Justicia.

Encontrándose en cesación de pagos, un acreedor local de Proberan S.A solicitó su quiebra ante los tribunales de primera instancia en lo comercial del la República Argentina.

Decisión de primera instancia:

El juez de primera instancia en lo comercial ordenó ciertas medidas tendientes a comprobar la existencia de bienes de la presunta fallida en el territorio argentino. Ante el resultado infructuoso de las mismas, el magistrado decidió rechazar el pedido de quiebra. Para ello, se fundó en el artículo 2° inciso 2° de la ley Nº 24.522 en cuanto dispone que esta normativa comprende, incumbe a "los deudores domiciliados en el extranjero respecto de los bienes existentes en el país. Consideró así, que la supuesta deudora no era uno de los sujetos comprendidos en la legislación concursal. Calificó de "improponible" el pedido de quiebra atento a la inexistencia de bienes en el país. Añadió que sería "ocioso" decretar la quiebra de un sujeto que carece de bienes en la Argentina. Por otra parte, en caso de proceder en contrario y aceptar la competencia, no podría cumplirse con lo dispuesto en el artículo 88 inciso 9° según el cual el decreto de falencia debe disponer la realización de los bienes del deudor.

Así el inciso 9 del artículo 88 de la Ley de Concursos y Quiebras dispone:

Artículo 88.- Contenido: La sentencia debe contener:

.....

9) Orden de realización de los bienes del deudor y la designación de quien efectuará las enajenaciones.

Decisión de segunda instancia:

La peticionaria apeló el rechazo del pedido de quiebra. En primer lugar, la sala D, integrada por Carlos Rotman y Felipe Cuartero, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, consideró que los jueces argentinos en principio son competentes para conocer en un pedido de quiebra de un deudor domiciliado en el extranjero, en virtud del artículo 3° inciso 5°, resultando, en consecuencia competente el juez del lugar de la administración en el país, en el caso, la sucursal, sin perjuicio de los efectos de tal quiebra en el extranjero. Luego, el tribunal analizó el artículo 2° inciso 2° de la ley concursal argentina, que establece quienes son susceptibles de concursarse, a la luz de la opinión de destacados especialistas en la materia como asimismo de precedentes jurisprudenciales. Y llegó a la conclusión de que dicha norma puede ser considerada: "a) una disposición superflua, o bien, b) una norma complementaria de la del artículo 4°, que en el caso de pluralidad de concursos en el ámbito internacional, preserva la jurisdicción del juez argentino respecto de los bienes ubicados en el territorio nacional".

En el primer caso, la quiebra, sin dudas, podría ser decretada aún no existiendo bienes en el país. Y en segundo supuesto, también ello es posible pues "la previsión legal no introduce un nuevo requisito sustancial para la concursabilidad de un sujeto, sino que delimita y preserva el ámbito territorial de la actuación del juez argentino (...)".

La Sala adhiere a este último criterio.

Asimismo, el Tribunal de alzada entiende que no es "ocioso" decretar la quiebra de un deudor domiciliado en el extranjero sin bienes en el país pues "el desapoderamiento, la incautación y la ulterior liquidación de los bienes son, por cierto, actos propios y naturales en un proceso de quiebra, mas ninguna norma los erige en "conditio sine qua non" de la falencia." De lo contrario, estarían prohibidas las quiebras sin activo, lo cual motivaría que el deudor que se hallare en la peor situación imaginable, es decir sin ningún bien, no podría caer en quiebra. Por otro lado, la declaración de quiebra puede ser útil para ser extendida a otros sujetos y para generar la

responsabilidad de terceros no fallidos. Finalmente, la Cámara comprende que el artículo 88 inciso 9° tan sólo establece los requisitos que debe contener una sentencia de quiebra, y siendo de naturaleza meramente procesal, no agrega un nuevo recaudo sustancial para la concursabilidad de un sujeto.

En definitiva el Tribunal admite la apelación, revocando la decisión adoptada en primera instancia.

Normativa aplicable al caso:

No existiendo ningún tratado o convención en materia de insolvencia internacional que vincule a la República de Panamá y a la República Argentina, el juez argentino se ve obligado a buscar la solución al conflicto en las normas de fuente interna del derecho argentino. Por ende, resultan aplicables al caso, tal como adelantamos en párrafos precedentes, las normas pertinentes de la ley local de concursos y quiebras N° 24.522 de 1.995.³⁹⁷ En particular estas normas son los artículos 2° inciso 2°, 3°, inciso 5° y artículo 4°.

Jurisdicción competente en la ley N° 24.522:

Recordemos que el artículo 3° de la ley N° 24.522 regula la competencia territorial en materia concursal. Para ello, describe distintos supuestos, distinguiendo principalmente, entre personas físicas o de existencia visible y personas jurídicas o de existencia ideal, y en relación con estas últimas a su vez diferencia según estén o no constituidas regularmente. Si el deudor es una persona de existencia visible el juez competente es el de la sede de la administración de sus negocios y en subsidio el del lugar del domicilio (inciso 1°). Si el fallido tuviere varias administraciones, resulta competente el juez del lugar de la sede de la administración del establecimiento principal. En caso de no poder

³⁹⁷ Como ya vimos, esta ley fue sancionada el 20 de julio de 1.995, promulgada parcialmente el 7 de agosto y publicada B.O. 9 de agosto de 1.995. Con posterioridad al caso en análisis, la LCQ ha sido reformada por las leyes 25.563 y 25.589, aunque sin sufrir modificaciones en los artículos que fueron motivo de análisis y aplicación al caso.

determinarse dicha calidad, entiende el juez que hubiere prevenido (inciso 2°).

Cuando el deudor es una persona jurídica, regularmente constituida es competente el juez del domicilio (inciso 3°) Si en cambio, se trata de una persona de existencia ideal irregular, el principal punto de conexión utilizado para atribuir la competencia jurisdiccional es el lugar de la sede social, o en su defecto, los puntos de conexión subsidiarios son el lugar del establecimiento o explotación principal (inciso 4°).

Finalmente el inciso 5°, que es el que interesa en el análisis del presente caso, determina el juez competente cuando el deudor es una persona física o jurídica domiciliada en el exterior.

Análisis del caso a la luz de las normas sobre insolvencia internacional de fuente interna:

En primer lugar el tribunal se declaró competente en virtud de la norma contenida en el artículo 3 inciso 5° de la LCQ. En efecto, en el caso sometido a resolución, el lugar de administración al que hace referencia la norma era la sucursal situada en la Ciudad de Buenos Aires de la sociedad constituida en Panamá.

En segundo lugar, resulta necesario comprobar la existencia de bienes en el país.

Es interesante considerar, tal como lo advierte Rouillon³⁹⁸ que no sería necesario en este caso cuestionarse liminarmente acerca de la existencia de bienes en el país, ya que el autor sostiene que una sociedad constituida en Panamá al establecer una sucursal en Buenos Aires, asignarle capital y designar un representante con suficiente poder y mandato para actuar al frente de ella, no es un deudor domiciliado en el extranjero. Estas circunstancias importan domicilio legal en la Argentina según el

³⁹⁸ ROUILLON, Adolfo: “¿Puede el juez argentino declarar la quiebra de una persona sin bienes en el país y domiciliada en el extranjero? El caso Proberan International Corp.”, en La Ley 2002-A, 387 y ss.

artículo 90 inciso 4°, Código Civil,³⁹⁹ y por ende los jueces argentinos tienen jurisdicción y competencia concursal sobre el caso. En conclusión, Rouillon, comparte la solución del caso pero no está de acuerdo con los argumentos del tribunal ni con el alcance reconocido a los artículos 2° inciso 2° y 3° inciso 5° de la ley N° 24.522.

En primera instancia se prueba su inexistencia, en virtud de la cual se rechaza el pedido de quiebra. Este extremo no es objeto de agravio. Por ende la Cámara asume sin discusión la carencia de bienes en el territorio. Sin embargo, es extraño pensar que la sociedad deudora domiciliada en el extranjero no contará con bienes en la República cuando precisamente tenía una sucursal con "cierto capital" ubicada en el territorio nacional. Máxime cuando esta sucursal se hallaba registrada en Inspección General de Justicia en los términos del artículo 118 de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550, que en el último párrafo exige que "si se tratare de una sucursal, se determinará además el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales". En este sentido en el dictamen del fiscal de Cámara, en autos Transportadora Coral S.A. s/ concurso preventivo, se lee: "...que en el caso no aparece cancelado el registro de la sucursal de la sociedad extranjera efectuado en el país, de conformidad con el artículo 118 L.S. Advierto, por añadidura, que la figura misma de la sucursal supone, como principio y por disposición legal, la presunción de que existe un capital asignado a esta forma de representación".

La sala sostiene que la jurisdicción argentina es competente para decretar la quiebra de la deudora domiciliada en el extranjero. Juzga que "la norma legal *sub examine* no agrega un nuevo requisito para el concursamiento de las personas de existencia visible o ideal, sino que delimita y preserva el ámbito de eficacia jurisdiccional del juez argentino - sin

³⁹⁹ Artículo 90: "El domicilio legal es el lugar donde la ley presupone, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de manera permanente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí, y así:

4°: Las compañías que tengan muchos establecimientos o sucursales tienen su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos, para sólo la ejecución de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales de la sociedad".

perjuicio de la exportación del decreto de quiebra, lo que será juzgado según las normas de importación del país extranjero de que se trate".

Algunas reflexiones sobre el fallo:

Si aceptáramos la interpretación efectuada, que a simple vista no parece compatible con la letra de la ley concursal argentina, algunas de las los interrogantes que surgen son: ¿Tiene algún sentido decretar la quiebra de un deudor domiciliado en el extranjero que carece de bienes en el país?, ¿Cuál sería el interés de los acreedores locales?, ¿y el de los acreedores extranjeros?, ¿y el del propio deudor?

Puede pensarse que no podemos considerar la que las disposiciones del inc. 2 del artículo 2 sean superfluas, como así tampoco sostener que su principal fundamento lo constituya el principio de la soberanía estatal.

En esta línea de pensamiento puede sostenerse que el artículo 3 inciso 5 debe necesariamente complementarse con el artículo 2 inciso 2, y encontramos, además, sólidos fundamentos para considerar que no trata de normas tendientes a completar las disposiciones del artículo 4 sino antes bien, cada una de estas disposiciones contemplan situaciones distintas, aunque como es lógico suponer, deben ser interpretadas de manera armónica y dentro del contexto jurídico.

La cuestión de los concursos y quiebras internacionales de personas cuya actividad excede el ámbito nacional, sea por poseer un patrimonio internacionalmente disperso, o domicilio en el exterior, se encuentra en especial regulada por el artículo 4 de la ley de quiebras; ello así por cuanto dicha norma decepciona el principio de la universalidad de la insolvencia y la extraterritorialidad de su declaración, reconociendo determinados efectos de la quiebra declarada en el extranjero.

Hemos sostenido que este no es un principio que deba tenerse en cuenta sólo al momento de solicitarse la apertura en el país de un concurso, sin acreditar el estado de cesación de pagos, por el contrario el principio sentado establece el criterio con el que deben interpretarse el resto de las disposiciones referidas a insolvencia internacional.

Reiteramos que es imposible sostener con la misma fuerza que la ley reconoce sin más el foro del patrimonio, que es una clara expresión del sistema territorialista.

Por ello quizás sea prudente interrogarse acerca de si vale la pena forzar la letra de la ley para atribuir jurisdicción internacional a los tribunales estatales argentinos o antes bien, con una interpretación más armónica de la ley vigente, permitirles que nuestros jueces se aboquen a aquellas cuestiones donde no hay lugar a dudas que son competentes para hacerlo.

Consideramos que debe prevalecer la cautela en cuanto a efectuar interpretaciones que puedan esconder un peligroso retorno al sistema territorial que tanto conspira, contra la misma esencia de la disciplina de derecho internacional privado, inclusive en materia de insolvencia internacional y conservación de la empresa en crisis.

Título II

El régimen de fuente interna de los países miembros del MERCOSUR:

Paraguay – Uruguay – Brasil - Venezuela

El régimen de fuente interna de los países miembros del MERCOSUR:

- a) Paraguay: La ley de quiebras N° 154.
- b) Uruguay: El Código de Comercio.
- c) Brasil: La ley N° 11.101
- d) Venezuela: Ausencia de regulación específica – La Ley de Derecho Internacional Privado.

El régimen de fuente interna de los países miembros del MERCOSUR

Hemos referido en el capítulo correspondiente que la armonización legislativa puede efectuarse de distintas formas, consistiendo una de ellas, la unificación de las reglas de conflicto, pero manteniendo sin modificación el derecho de fuente interna.

Es frente a la posibilidad de la adopción de esta metodología, que resulta no solo interesante, sino imprescindible el conocimiento de las normas internas que en materia de insolvencia, rigen en los Estados parte del área integrada.

El estudio de las diferencias, asimetrías y concordancias entre las distintas normas, su análisis comparativo, permitirá evaluar la factibilidad de la anelada armonización y en su caso, la adopción del sistema adecuado para ello.

II.- a) PARAGUAY:

La ley de quiebras N° 154:

En materia falimentaria rige en Paraguay la ley de quiebras N° 154 del año 1.969, que contiene una única disposición relativa a la quiebra internacional que está contenida en el artículo 8, que textualmente reza:

“La declaración de quiebra pronunciada en país extranjero no puede invocarse contra los acreedores que el fallido tenga en la República, ni para disputarles los derechos que pretendan tener sobre los bienes existentes dentro del territorio nacional, ni para anular los actos que hayan celebrado con el fallido. Declarada también la quiebra por los tribunales de la República, no se tendrá en consideración a los acreedores que pertenezcan al concurso formado en el extranjero, sino para el caso de que, pagados íntegramente los acreedores de la República, resultare un remanente”.

Observamos identidad en su redacción con el derogado artículo 7 ley Nº 11.719 del derecho argentino.

Como se advierte entonces, el sistema territorialista es el adoptado en las normas de derecho internacional privado de fuente interna en Paraguay y por lo tanto la persona declarada en quiebra en el extranjero no está en quiebra en dicho país por cuanto en el Paraguay: a) no opera el desapoderamiento de la quiebra del país de origen de la sentencia, y en consecuencia esa persona conserva la libre administración y disposición de sus bienes; b) no pueden ser atacados los actos de la persona realizados con anterioridad a la declaración de quiebra en el extranjero en razón que no existe quiebra en el país y consecuentemente, no existe su retroacción ni su correspondiente período de sospecha.

Según el sistema adoptado no podrán ser anulados actos celebrados con el fallido en el extranjero, concluyendo que:

- a) Ningún efecto vinculado con el desapoderamiento propio de la quiebra podrá ser invocado contra el fallido, con lo cual todos sus actos serán válidos y eficaces si lo fueron conforme al derecho común;
- b) Ninguna de las modificaciones a los derechos de los acreedores ni las de los derechos del deudor que constituyen el núcleo del derecho de la quiebra será aplicable al caso, con lo cual las situaciones serán en todos los supuestos regidos por los preceptos del Código Civil o de Comercio, y Código de Procedimientos;

- c) No habrá efectos propios del período de sospecha y sus consecuentes ineficacias;
- d) Tampoco podrán ser disputados los derechos de los acreedores locales, lo que involucra tanto el derecho a los privilegios establecidos por las leyes no concursales paraguayas como los embargos trabados.

La doctrina paraguaya ha dicho que: “una persona quiebra en Francia. Viene al país, adquiere bienes, contrae obligaciones, etc., los acreedores del concurso extranjero no pueden pretender que los créditos existentes en nuestro país, responda al pago de sus créditos, siempre que existan acreedores en territorio nacional, pues éstos tienen preferencia sobre bienes por el importe de los créditos que tengan contra el deudor común; los acreedores del concurso extranjero o sus representantes no podrían gestionar tampoco, fundados en la declaración de quiebra hecha en Francia, la nulidad de los contratos o de actos jurídicos celebrados en la República por el fallido. Pero si el comerciante declarado en estado de quiebra en país extranjero no tiene acreedores en el nuestro, y posee bienes en su territorio, entonces la ley reconoce acción a los acreedores del extranjero, para poder reclamar el pago de sus créditos con los bienes existentes en el país”.⁴⁰⁰

Una lectura más acorde a los nuevos tiempos ha sostenido que la quiebra declarada en país extranjero surte, en principio, pleno efecto en la República del Paraguay, con la salvedad de los casos específicamente dispuestos por el artículo 8 de la Ley de Quiebras.⁴⁰¹

La excepción al reconocimiento de la sentencia de quiebra extranjera está dada por la presencia de acreedores locales en Paraguay.

Es por esta razón que ante la presentación de un síndico extranjero a los fines de ejecutar bienes locales, surge la necesidad de determinar la existencia o no de acreedores locales, siendo el único procedimiento posible

⁴⁰⁰ Conforme ARGAÑA, citado por Juan Dobson en “Derecho del Comercio Internacional: MERCOSUR - UNIÓN EUROPEA. Capítulo XVI – Procedimientos de Insolvencia Transfronteriza”. Ed. Reus – BdeF. 2.005. pag. 702.

la publicación de edictos llamando a los acreedores locales a comparecer al procedimiento iniciado por el síndico extranjero. El reconocimiento de la sentencia de quiebra extranjera se limita a brindar acceso al síndico extranjero a los tribunales del Paraguay, y ante la falta de acreedores locales, actuar en su territorio en representación de la masa de acreedores de la quiebra en la que fue designado.

Probada la existencia de al menos un acreedor pagadero en el Paraguay, el juez reconocerá la sentencia de quiebra extranjera, con las limitaciones del artículo 8 de la ley N° 154. Por el contrario, si no comparece ningún acreedor local, el juez reconocerá la sentencia de quiebra extranjera sin limitaciones. No obstante, ese reconocimiento no implicará la declaración de quiebra en el Paraguay, ni el deudor adquirirá la calidad de deudor fallido en el país.

Los efectos del reconocimiento serán:

- 1) Los acreedores locales podrán iniciar o continuar con sus acciones individuales contra el deudor declarado en quiebra en el extranjero, sin que el síndico de la quiebra extranjera pueda efectuar oposición alguna.
- 2) Los acreedores locales, tanto como el síndico extranjero, podrán pedir una nueva quiebra en Paraguay. Será un caso de quiebras múltiples o plurales. La actuación del síndico estará limitada en razón que los acreedores pertenecientes a la quiebra declarada en el extranjero, a los que él representa, serán postergados por los acreedores locales.

En tanto que, ante la inexistencia de acreedores locales el síndico podrá:

- 1) Peticionar a las autoridades administrativas y a los Tribunales de Justicia del Paraguay.
- 2) Peticionar una nueva quiebra en el Paraguay, ya que si bien el artículo 8 impide que la quiebra extranjera se invoque contra los

⁴⁰¹ LEBRON, Horacio: "Ley de Quiebra N° 154/69 de la República del Paraguay. Comentada" La Ley Paraguaya, 2° ed., Asunción, 2.002, p.42.

acreedores que el fallido tenga en la República, no impide que se la invoque contra el propio deudor. La petición de quiebra no puede interpretarse como un acto contra los acreedores, de manera que la petición queda fuera de la prohibición legal.

- 3) Plantear acciones de: responsabilidad de administradores o de terceros de personas radicadas en el Paraguay, conforme a las leyes locales, teniendo plena legitimación para actuar como administrador de la masa fallida formada por la sentencia de quiebra extranjera.
- 4) Percibir los créditos que le fueran adeudados al fallido cuya quiebra administra.
- 5) Ejecutar bienes (muebles o inmuebles) del deudor de conformidad con las leyes locales.
- 6) Retirar los fondos recaudados extrajudicialmente y los percibidos de las ejecuciones efectuadas.

Estará imposibilitado, en cambio, de ejercer acciones de ineficacia concursal, ya que carecerá de acción al respecto por no poder invocar la quiebra para anular los actos de los acreedores y el fallido.

Tampoco podrá disputar o discutir la preferencia de los embargos (preventivos o ejecutivos) trabados por los acreedores locales sobre bienes del deudor.

En cuanto al procedimiento preventivo de “convocación de acreedores” previsto en el artículo 32 de la ley N° 154, no prevé subordinación alguna para los acreedores por cuanto podrían verificar en las mismas condiciones que los acreedores locales.

Conforme lo señala Dobson,⁴⁰² se encuentra resuelto en forma negativa el tema de la posibilidad del síndico de la quiebra extranjera para acudir a verificar el pasivo de la quiebra extranjera en la quiebra paraguaya, ya que son los acreedores individualmente considerados quienes deben participar y cobrar sobre el remanente.

⁴⁰² DOBSON, Juan: “Derecho del Comercio Internacional: Mercosur – Unión Europea- Procedimientos de Insolvencia Transfronteriza”. Ed. Reus-BdeF”. 2.005, p.709

II.- b) URUGUAY:

El Código de Comercio:

Rigen en Uruguay las disposiciones del Código de Comercio de 1.861. La única disposición relativa a la quiebra internacional está contenida en el artículo 1577: *“La declaración de quiebra pronunciada en país extranjero no puede invocarse contra los acreedores que el fallido tenga en la República, ni para disputarles sus derechos sobre los bienes existentes dentro del territorio, ni para anular los actos que hayan celebrado con el fallido. Declarada también la quiebra por los Tribunales de la República no se tendrá en consideración a los acreedores que pertenezcan al concurso formado en el extranjero, sino para el caso de que, pagados íntegramente los acreedores de la República, resultase un sobrante”*.

Como resulta de toda obviedad dicha disposición también se asimila a nuestro originario artículo 7 de la ley Nº 11.719, en virtud de la oportuna adopción del Proyecto de Código de Comercio de Comercio redactado por los doctores Eduardo Acevedo y Dalmacio Vélez Sarsfield, *“...que fue pasado a la Comisión de la anterior Legislatura, y a consecuencia de ese examen no trepida un momento, en aconsejar a V.H. declare su observancia en la República, prestando su sanción al adjunto proyecto de ley que tiene el honor de someter a la consideración de V. Honorabilidad”*.⁴⁰³

Por otra parte en virtud a la similitud con el sistema vigente en la República del Paraguay, analizados anteriormente, resultan aplicables las consideraciones arriba efectuadas.

A su turno corresponde asimismo resaltar que de acuerdo a los términos de los artículos 1572 y 1582 del Código de Comercio uruguayo, existe la posibilidad de que el juez interviniente declare la quiebra de oficio en los casos de fuga y ocultación del deudor, acompañada de la clausura del

⁴⁰³ Ver Informe de la Comisión de Legislación de la Cámara de Representantes, integrada por Eustaquio Tomé, Enrique de Arrascaeta, Antonio M. Pérez, Tomás Diago, Ramón Vilardebó y Antonio de las Carretas, de fecha 27 de mayo de 1.861.

establecimiento o escritorio, sin haber dejado persona que, en su representación, dé cumplimiento a sus obligaciones.

En Uruguay existen procesos concursales especiales para sociedades anónimas y entidades de intermediación financiera, pero para todos ellos se mantiene el régimen del artículo 1577 del Código de Comercio.

En los procedimientos de reorganización (“moratoria” o “concordato preventivo”) no prescriben subordinación alguna para los acreedores extranjeros.

Los artículos 1532 y 1765 del Título de las Moratorias y el artículo 1670 del Código de Comercio de Uruguay, no establecen calificación alguna respecto a la racionalidad de los créditos para admitir la verificación, por cuanto se considera que los acreedores con domicilio de pago en el extranjero podrán verificar sus créditos en las mismas condiciones que los acreedores locales.

El cuanto al síndico de la quiebra extranjera, éste no podrá participar del procedimiento en el país ya que el dispositivo legal contempla sólo a los “acreedores que pertenezcan al concurso formado en el extranjero”.

II.- c) BRASIL:

La ley N° 11.101:

Los procedimientos de insolvencia en la República Federativa de Brasil están regulados por la recientemente sancionada Ley N°11.101 del 9 de febrero de 2.005,⁴⁰⁴ que sustituye al decreto ley N° 7.661 de 1.945, y cuya principal innovación es la inclusión de regímenes de recuperación judicial y extrajudicial a fin de estimular la rehabilitación empresarial y evitar la liquidación automática de toda compañía en crisis, que atraviesa por dificultades momentáneas, que analizaremos en el capítulo pertinente.

⁴⁰⁴ La ley vigente sufrió antes de su sanción múltiples enmiendas a lo largo de diez años puesto que el Proyecto de ley fue presentado en 1.993 (Proyecto de Ley N° 4376-B/1993).

Esta legislación comprende exclusivamente a los empresarios y a las empresas o sociedades empresarias. Es decir, que los no comerciantes no caen bajo su ámbito de aplicación personal, sino que se deben someter al proceso de insolvencia civil contemplado en los artículos 748 a 786 de la Ley N° 5.860 del 11 de enero de 1.973 (CPC).

También están excluidas de la legislación concursal brasileña la empresa pública y las sociedades mixtas, las instituciones financieras públicas y privadas, las cooperativas de crédito, los consorcios, las AFJP, las sociedades operadoras de sistemas de salud, las aseguradoras, las sociedades de capitalización y otras entidades equiparables por ley, a las mencionadas (artículo 2).

Pero ciñéndonos al tema en estudio en este capítulo, según lo establecido en el artículo 3° el principal criterio atributivo de competencia adoptado es el del domicilio. En consecuencia, si el deudor tiene su principal establecimiento en Brasil, los tribunales nacionales tendrán jurisdicción internacional. También tendrán competencia los jueces locales si en el territorio brasileño se encuentra instalada una filial, sucursal, agencia o establecimiento del comerciante o de la sociedad mercantil, es decir, una representación permanente de una persona jurídica constituida en el extranjero, autorizada para funcionar en la República.

El juez competente conocerá de todas las causas que versen sobre reclamaciones acerca de los bienes, intereses y negocios de la masa fallida (artículo 76). En principio, entonces, el juicio de quiebra de índole interna (sin elementos de internacionalidad) es universal.

La normativa concursal vigente en Brasil no contiene una disposición análoga al artículo 4° de nuestra ley de concursos y quiebras que contemple los efectos de un procedimiento de insolvencia declarado en el extranjero. Tampoco regula los derechos de los acreedores extranjeros ni consagra una categoría, rango o postergación en el pago particular para los créditos extranjeros. En definitiva, no distingue entre acreedores locales o extranjeros, y a lo largo de su texto alude a "cualquier acreedor" o a "todos

los acreedores". No establece por tanto ninguna clase de condición o regla de reciprocidad. No prevé tampoco la posibilidad de procedimientos de insolvencia paralelos, simultáneos en diversos Estados. Por ende, tampoco contempla la regla del último párrafo de nuestro artículo 4º de la ley de concursos y quiebras sobre paridad en los dividendos.

En consecuencia, se puede afirmar que la legislación brasileña no contiene ninguna norma específica sobre quiebras internacionales. En efecto, tal como destaca Jaeger Junior, "Com relação às empresas estrangeiras, o projeto não traz nenhuma novidade (...) o aspecto mais destacado é a sua extrema territorialidade, é dizer, inexistente um sistema específico e claro de procedimentos falimentares". Y prosigue, tanto la ley derogada como la nueva normativa en vigor "fazem abstração da realidade internacional, esquecedendo que o comercio é a cada dia más globalizado. A normativa também é lacunosa em relação a credores e síndicos estrangeiros". Finalmente, el autor llega a una contundente conclusión: "Infelizmente o legislador perdeu a oportunidade de colocar o direito falimentar brasileiro à altura dos novos tempos".⁴⁰⁵

Es importante destacar que ni el Código de Procedimientos en vigor desde 1.973 ni el reglamento interno del Tribunal Federal contienen disposición alguna sobre las sentencias extranjeras sobre procedimientos concursales.⁴⁰⁶

Sin embargo, en términos generales, podemos destacar que su derecho dispone que las sentencias extranjeras no podrán tener en Brasil más efectos de los que tendrían en su país de origen y no podrán ser contrarias a las leyes brasileñas.

⁴⁰⁵ JAEGER JUNIOR, Augusto: "Aspectos legais da nova lei de falências brasileira" en Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Areal Ludeña, Santiago (dirs), Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional, Ed. Colex, Madrid, 2.005, ps. 653 a 670.

⁴⁰⁶ Un sector muy importante de la doctrina entiende que ante la laguna que deja el Código de Procedimientos Civiles de 1.973, las normas del Código de 1.939 continuarían vigentes. Según esto último, la sentencia de falencia en el extranjero no podía incidir sobre el comerciante domiciliado en Brasil y a su respecto debía estarse a la legislación local, restringiéndose, por lo tanto, los efectos de la quiebra extranacional al territorio en el que se declaró.

Asimismo, los artículos 102 y 109 de la Constitución de 1.988 establecen que la sentencia extranjera no podrá ser homologada si ofende la soberanía nacional, el orden público, las buenas costumbres, y si no cumple con determinados requisitos tales como ser decretada por juez competente, haber citado debidamente a las partes interesadas y estar revestida de todas las formalidades legales con autenticación por cónsul brasileño y traducción oficial.⁴⁰⁷

En síntesis, tal como afirma Uzal, podemos decir que debe distinguirse entre los efectos de la quiebra declarada en Brasil y la atribución de efectos en Brasil a las consecuencias de la quiebra abierta en el extranjero.

La falencia declarada en Brasil queda íntegramente regida por la *lex fori*, mientras que las consecuencias que puedan ser atribuidas en jurisdicciones extranjeras, evidentemente, dependerán de cada jurisdicción. En lo que respecta a las consecuencias de la quiebra declarada en el extranjero, que aparece como proceso principal en caso de que el deudor tenga establecimientos o bienes en Brasil, debe señalarse que desde 1.878,

⁴⁰⁷ Disposiciones similares rigen el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros en la República Argentina, a través de la tramitación del *execuatur*, que es materia de regulación de los códigos procesales. A su turno, el reconocimiento por parte de nuestros tribunales, de una sentencia extranjera proveniente de Brasil vinculada a un proceso de quiebra, también fue tratado en el ya analizado caso Panair do Brasil S.A. (exhorto) fallado por la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, sentencia confirmada el 5 de julio de 1.972 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la que se resolvió una cuestión relativa a la actividad extraterritorial de la sindicatura designada en la quiebra de Panair do Brasil, declarada por tribunales brasileños. La Cámara decidió desconocer efectos a la quiebra pues consideró que las excepciones al cumplimiento del exhorto deben ser juzgadas por las normas del artículo 517 del CPCC; para el cumplimiento de la rogatoria es requisito esencial que el tribunal del cual emana tenga jurisdicción internacional para dictar la resolución base del pedido de auxilio al juez argentino (inciso 1° artículo 517 CPCC); la norma de jurisdicción internacional argentina debe ser deducida de la norma nacional de derecho aplicable a la quiebra (el artículo 7° de la ley 11.719 entonces vigente), esta norma adjudica como vimos, jurisdicción al juez argentino en materia de quiebra internacional; el tribunal brasileño carece de jurisdicción internacional propia en la quiebra con contacto argentino; por ende, se denegó el cumplimiento del exhorto proveniente de un tribunal carente de jurisdicción internacional para dictar la resolución de la rogatoria. Puede consultarse el texto completo del fallo en ED 70 - 387 (1ª y 2ª instancia) y en LL 148-68 (CSJN). Véase el análisis de RODRÍGUEZ, Mónica Sofía: "La territorialidad en la vieja ley de quiebras", (comentario al fallo Panair do Brasil S.A. s/ quiebra), efectuado en FELDSTEIN de CARDENAS, Sara Lidia: Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2.004, ps. 391 a 402.

con ciertas limitaciones, siempre se ha atribuido efectos a las consecuencias de la quiebra declarada en el extranjero.⁴⁰⁸

Resumimos a continuación, en un cuadro comparativo, la situación legislativa actual de fuente interna de cuatro de los cinco Estados Miembros del MERCOSUR. Ello en razón de la ausencia de normas específicas sobre la materia en el derecho venezolano, el que analizaremos por separado.

Normas de fuente interna

PAÍS	Brasil	Paraguay	Uruguay	Argentina
LEY N°	11.101	154	Código de Comercio	24.522
AÑO	2005	1969	1861	1995 (modif. 2001)
SISTEMA ADOPTADO	Territorialidad Artículo 3	Territorialidad Artículo 8	Territorialidad Artículo 1577	Extraterritorialidad limitada. Artículo 4
COMPETENCIA	Juez del Domicilio	Juez del Domicilio	Juez del domicilio	Juez del domicilio
ACREEDORES EXTRANJEROS	No contempla, ni distingue	Distingue	Distingue	Distingue
PREFERENCIAS	No contempla	- Establece el criterio de preferencias nacionales. - Operan sólo en	- Establece el criterio de preferencias nacionales. - Operan sólo	- Establece el criterio de preferencias nacionales. - Operan sólo en

⁴⁰⁸ UZAL, María Elsa: "Panorama de la regulación de la insolvencia en el derecho comparado. Análisis de la posibilidad de aplicación extraterritorial del artículo 4° de la ley 24.522", en *ED* 172-911.

NACIONALES	la situación	caso de quiebra. - Operan en relación con acreedores que pertenecieran a un concurso en el extranjero.	en caso de quiebra. - Operan en relación con acreedores que pertenecieran a un concurso en el extranjero.	caso de quiebra. - Operan en relación con acreedores que pertenecieran a un concurso en el extranjero.
RECIPROCIDAD	No está prevista la reciprocidad.	No está prevista la reciprocidad.	No está prevista la reciprocidad	- La verificación del crédito extranjero está condicionada a la prueba de la existencia de reciprocidad. -Quedan exceptuados los titulares de créditos con garantía real.
PARIDAD EN LOS DIVIDENDOS	No contemplado	No contemplado	No contemplado	Los cobros de créditos quirografarios en el extranjero a posteriori de la apertura del concurso local, eran imputados al dividendo correspondiente en el concurso abierto en el país.

II.- d) Venezuela: Ausencia de regulación específica – La Ley de Derecho Internacional Privado.

Recientemente, con fecha 4 de julio del 2.006 los presidentes de los Estados Partes suscribieron en Caracas, Venezuela, el Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR.⁴⁰⁹

Se trata de la primera incorporación como miembro pleno desde el nacimiento del bloque.

Ausencia de regulación específica: La Ley de Derecho Internacional Privado:

Todo lo relacionado con la insolvencia comercial en Venezuela está regulado en el Código de Comercio, vigente desde el 19 de diciembre de 1.919.⁴¹⁰

Por su parte, cuando se trate de personas físicas o morales no comerciantes, el Código Civil contiene una alternativa denominada “cesión de bienes” que consiste en una posibilidad para el deudor de abandonar todos sus bienes a favor de sus acreedores, pero existe una prohibición expresa para el comerciante de acogerse a este beneficio en el artículo 914 del Código de Comercio.

No existen disposiciones tendientes a reconocer la insolvencia en que se encuentren sociedades o comerciantes extranjeros.

A los efectos de obtener alguna protección con respecto a las deudas asumidas en el país, contra el embargo de bienes, deberán solicitar el beneficio de atraso, si es que su activo excede positivamente de su pasivo y podrán solicitar o ser demandados en quiebra de acuerdo con la legislación nacional.

⁴⁰⁹ Este instrumento ya había sido acordado a fines de mayo del mismo año y deberá ser aprobado por los cinco Estados, según surge del artículo 10, momento a partir del cual Venezuela adquirirá la condición de Estado Parte y participará con todos sus derechos y obligaciones en el MERCOSUR.

⁴¹⁰ El Código de Comercio sufrió una pequeña modificación de aspectos distintos al atraso y a la quiebra con fecha 23 de junio de 1.955.

Si el beneficio le ha sido acordado en el país extranjero, podrán hacer valer sus efectos mediante los trámites del *exequatur* o reconocimiento de la sentencia extranjera, como si se tratase de cualquier otra decisión judicial.

Dentro del procedimiento de quiebra existe la previsión de la incorporación de los acreedores extranjeros, dentro de los plazos que la misma ley indica,⁴¹¹ y conforme lo resalta la doctrina⁴¹² este criterio también se aplica al crédito extranjero, ya que nada dice la ley respecto de su procedencia. El acreedor extranjero está sujeto a consignar en el procedimiento los documentos justificativos de sus créditos, al igual que los acreedores del lugar de la quiebra o de los residentes en la República que no se encuentran en el lugar del juicio.

Entonces, para que una quiebra declarada en el extranjero tenga sus efectos en Venezuela, tiene que cumplirse los trámites del *exequatur*.

La Ley de Derecho Internacional Privado, promulgada el 6 de agosto de 1.998, reconoce eficacia a las sentencias extranjeras, siempre que se cumplan determinados requisitos:

- 1) Que hayan sido dictadas en materia civil o mercantil, o en general, en materia de relaciones jurídicas privadas.
- 2) Que tengan fuerza de cosa juzgada de acuerdo con la ley del Estado en el cual han sido pronunciadas.
- 3) Que no versen sobre derechos reales respecto de bienes inmuebles situados en la República o que no se haya arrebatado a Venezuela la jurisdicción exclusiva que le correspondiere para conocer del negocio.
- 4) Que los tribunales del Estado sentenciador tengan jurisdicción para conocer de la causa de acuerdo con los principios generales consagrados en el Capítulo IX de esta Ley.
- 5) Que el demandado haya sido debidamente citado, con tiempo suficiente para comparecer, y que se le hayan otorgado en general,

⁴¹¹ Para Las Antillas y la República de Colombia es de tres meses, para el resto de los países de América del Sur, América del Norte y Europa cinco meses y para los países de otras partes del mundo, seis meses.

las garantías procesales que aseguren una razonable posibilidad de defensa.

- 6) Que no sean incompatibles con sentencia anterior que tenga autoridad de cosa juzgada, y que no se encuentre pendiente, ante los tribunales venezolanos, un juicio sobre el mismo objeto y entre las mismas partes, iniciado antes que se hubiere dictado la sentencia extranjera, pero para proceder a su ejecución deberá ser declarada ejecutoria de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley y previa comprobación de que en ella concurren los mencionados requisitos.

Como puede observarse, el reconocimiento extraterritorial de los efectos de la sentencia extranjera de quiebra se somete al mismo procedimiento que cualquier otra sentencia, por cuanto podemos considerar a su ordenamiento como reticente a un reconocimiento más automático.

No existe dentro del ordenamiento jurídico de fuente interna venezolano, normas que reconozcan efectos extraterritoriales a la sentencia extranjera de reconocimiento del estado de insolvencia, ni tampoco normas especiales que regulen el crédito foráneo.

Por otra parte, y en virtud a que se considera que los bienes situados en la República (de Venezuela) constituyen la garantía de los acreedores quirografarios locales que precisamente los tuvieron en cuenta al momento de negociar, se sostiene que “puede ocurrir que la entrega del bien a un administrador extranjero disminuya las garantías del deudor o lo coloque, sin más en una situación de insolvencia con sus bienes venezolanos, en la que antes de la entrega del bien no se encontraba. En definitiva, no hay razones para preferir a los acreedores extranjeros respecto a los nacionales, ni se les

⁴¹² PINO, Idelfonso Ifill: “Sobre procesos de ejecución y de insolvencia” The World Bank – Foro Mundial de Jueces. Malibú, California, 19-23 de mayo de 2.003.

puede imponer a los nacionales que concurran a procedimientos que se siguen en el extranjero para hacer valer sus derechos”.⁴¹³

Ante la descripción de la normativa aplicable a la insolvencia transfronteriza y la opinión de la doctrina, observamos que las perspectivas no son muy alentadoras, en cuanto a la posibilidad de la adopción de aquellos principios que, venimos señalando, consideramos que resultan imprescindibles para la regulación del tema.

⁴¹³ PINO, Idelfonso Ifill: “Sobre procesos de ejecución...” ob. cit p. 18.

Título III

El régimen de fuente interna de los países asociados del MERCOSUR:

Chile – Bolivia.

CHILE y BOLIVIA:

Bolivia se ocupa del concurso preventivo y de la quiebra en el Código de Comercio (Decreto Ley N° 14.379). En su artículo 1489 dispone que "La declaración del estado de quiebra de un comerciante o sociedad extranjera es causa para la apertura del procedimiento en la República..." y que "el crédito del acreedor que deba hacerse efectivo en Bolivia "tendrá primacía con relación a los créditos que deban pagarse en el extranjero".

Por tanto, la legislación boliviana reconoce efectos a la declaración de un procedimiento en el extranjero, en similar inteligencia a la de nuestra legislación. Sin embargo, se distingue de ella en cuanto consagra las preferencias nacionales frente a todo acreedor foráneo, sin distinguir según pertenezca o no a un concurso formado en el extranjero.

Por otra parte, el artículo 1492 establece que será competente en el procedimiento de quiebra y concurso preventivo el juez del partido en lo civil en cuya jurisdicción se encuentre el establecimiento principal, o en su defecto, el del domicilio del comerciante. Y en caso de quiebra de una sucursal de sociedad extranjera, será juez competente para conocer en los procedimientos indicados el del lugar del establecimiento de la sucursal boliviana, sin consideración de la competencia de los jueces extranjeros.

Por su parte, Chile cuenta con la Ley de Quiebras N° 18.175, promulgada el 13 de octubre de 1.982, reformada por la ley N° 19.806 del 31 de mayo de 2.002, destinada exclusivamente a los comerciantes.

Esta legislación no se ocupa de la situación de los concursos abiertos en el extranjero, respecto de los bienes situados en Chile, ni de cualquier

otro efecto que tal declaración pudiera tener. La ley chilena distingue entre acreedores locales y extranjeros por el lugar de residencia pero no prevé preferencias nacionales.

En efecto, según el artículo 139 *"Vencidos los términos de emplazamiento que corresponda a los acreedores residentes en el extranjero, el juzgado, de oficio o a petición del síndico, del fallido o de alguno de los acreedores, declarará cerrado, respecto de aquéllos, el procedimiento de verificación y se procederá en lo demás de acuerdo con lo dispuesto en los artículos precedentes"*.

También se dispone que se reservará una cantidad de lo producido para los acreedores residentes fuera del territorio de la República que permanecerá en depósito.

A continuación intentaremos poner de relieve las principales diferencias y similitudes encontradas en el derecho de fuente interna regulador de la insolvencia transfronteriza, entre nuestro país y los países asociados del MERCOSUR.

PAÍS	Argentina	Chile	Bolivia
LEY N°	24.522	18.175 reformada por ley 19.806	Decreto Ley N° 14.379 Código de Comercio
AÑO	1995 (modif. 2001)	2002	
SISTEMA ADOPTADO	Extraterritorialidad limitada. Artículo 4	Territorialidad No prevé efectos de la delcaratoria extranjera	Extraterritorialidad Artículo 1489
	Juez del	Juez del	Juez del Establecimiento

COMPETENCIA	Domicilio	Domicilio	principal Subsidiaria: domicilio
ACREEDORES EXTRANJEROS	Distingue	Distingue (lugar de residencia)	Distingue
PREFERENCIAS NACIONALES	<ul style="list-style-type: none"> - Establece el criterio de preferencias nacionales. - Operan sólo en caso de quiebra. - Operan en relación con acreedores que pertenecieran a un concurso en el extranjero. 	No establece	<ul style="list-style-type: none"> - Establece el criterio de preferencias nacionales frente a todo acreedor foráneo, sin distinguir según pertenezca o no a un concurso formado en el extranjero.
RECIPROCIDAD	<ul style="list-style-type: none"> - La verificación del crédito extranjero está condicionada a la prueba de la existencia de reciprocidad. -Quedan exceptuados los titulares de créditos con garantía real. 	No esta prevista la reciprocidad.	No esta prevista la reciprocidad
PARIDAD EN LOS DIVIDENDOS	Los cobros de créditos quirografarios en el extranjero a posteriori de la apertura del concurso local, eran imputados al dividendo correspondiente en el concurso abierto en el país.	No contemplado	No contemplado

Colofón: Algunas conclusiones respecto al sistema de derecho internacional privado de insolvencia de fuente interna.

Ámbito nacional:

La regulación de la quiebra internacional en el derecho internacional privado de fuente interna, se encuentra encarada desde un aspecto que parte de la doctrina (la cual nos permitimos no compartir) no duda en calificar como territorialista, no obstante reconocer el efecto extraterritorial de la declaración de quiebra en el extranjero como presupuesto que habilita la apertura del procedimiento falencial en el país.

Ello así por cuanto reconoce el imperio de la sentencia extranjera con efectos muy precisos, limitando los demás posibles efectos extraterritoriales de la falencia.

Un ejemplo de esta limitación es la exigencia por parte del derecho extranjero, del requisito de reciprocidad de tratamiento al acreedor local, para la aceptación de un acreedor extranjero en el proceso abierto en el país.

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.

Como ya analizáramos, la preferencia de los acreedores locales sobre los bienes situados en el territorio, se encuentra también regulada aún en el caso de juicio único con pluralidad de masas concursales en los Tratados de Montevideo, lo que llevaría a reforzar este criterio.

Todas estas cuestiones, objetadas por nuestra parte antes de ahora,⁴¹⁴ en cuanto a la quiebra internacional se refiere si ella se produjo en

⁴¹⁴ Ver RODRIGUEZ, Mónica Soffa: "Armonización legislativa en materia de Insolvencia Internacional..." ob. cit. Revista Síntesis Forense N° 90 – Colegio de Abogados de San Isidro.

un espacio integrado (que llamaremos quiebra regional), como así también, ante la existencia de un acuerdo internacional; se encuentran justificadas cuando están dirigidas a prever o regular situaciones dentro del amplio ámbito internacional con una multiplicidad de soluciones imprevistas frente a la aplicación a ciegas del derecho extranjero.

En su caso la aplicación de la norma indirecta implicaría –como se sostuvo- “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 las empresas 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.

No obstante lo expuesto, somos consientes de lo delicado del tema y la solución propuesta, ya que su consideración involucra no sólo el aspecto jurídico, sino también razones políticas y económicas, por cuanto se torna necesario un debate profundo sobre estas cuestiones.

Resulta evidente que la ley Nº 24.522, intentó la adecuación de la norma falimentaria a las exigencias políticas y principalmente económicas de un momento determinado, intención declarada en el Mensaje de Elevación del Poder Ejecutivo cuando expresa “También el proyecto ha tomado en consideración los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales derivados de la aplicación concreta de la normativa legal durante su vigencia, receptando criterios pacíficos o prevalecientes, y del derecho comparado, con el fin de realizar trascendentes modificaciones al sistema para el tratamiento de la insolvencia, capaces de brindar soluciones idóneas y eficaces que compatibilicen el régimen falencial con la nueva realidad económica y social que vive la REPÚBLICA ARGENTINA a partir del proceso de transformación encarado por el Gobierno Nacional.”

No está mal que así sea, es loable que el legislador intente reflejar en el ordenamiento legal las soluciones más idóneas que le dicte la realidad, y en lo posible adelantándose a efectos que se prevén como consecuencia de un proyecto determinado.

Pero ello no debe confundirse, ni con la creación de leyes “a medida” para determinadas empresas sin tener en consideración el efecto que producirá en el resto de las situaciones a ser aplicada, ni con la falsa creencia que a través de una determinada ley –cualquiera fuera ella- se podrán frenar la avalancha de efectos negativos o desfavorables de una brusca modificación en las condiciones del mercado, y la economía en general, o de las consecuencias de la adopción de una errónea política económica por parte del Estado Nacional.

Muchas son las cuestiones que requieren ser modificadas en el sistema argentino, y una vez más se encuentran en análisis varios proyectos,⁴¹⁵ que deberán considerar, no solo las críticas formales, procesales y sustanciales que desde distintos ámbitos se le han efectuado a la normativa vigente. Deberá tener en consideración especial, este nuevo ámbito en el que se desarrollan las actividades comerciales. La reforma se impone.

Países miembros y asociados:

En el sucinto recorrido realizado a través de las legislaciones de los Estados miembros y Estados asociados del MERCOSUR se ha observado que, más allá de las diversidades propias de cada régimen, que dependen estrictamente de la política legislativa nacional, existen asimetrías legislativas de importancia en cuanto al tratamiento de la insolvencia internacional, como ser la consideración de los acreedores extranjeros, las preferencias nacionales, etc., y principalmente en la aceptación o no de la extraterritorialidad, en la declaración universal de la quiebra; cuestiones todas ellas, de particular delicadeza que en tanto pone en juego diversos ordenamientos jurídicos, e intereses dispares requiere de bases mínimas de armonización, de puntos de encuentro entre las diversas legislaciones, máxime si ellas serán llamadas a su aplicación en procedimientos de

⁴¹⁵ Ver Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado elaborado por el Ministerio de Justicia de la Nación. 2.005.

insolvencia que se desarrollen y que afecten a partes de un área integrada, que como ya hemos señalado, impide la discriminación de sus ciudadanos, y establece la igualdad de oportunidades y promoción de las inversiones y la libre circulación de personas, capitales, servicios y bienes.

Es por ello que consideramos que la búsqueda y propuesta de bases o pautas mínimas de armonización justifican ampliamente este trabajo.

CAPÍTULO VI:

EL SALVATAJE EMPRESARIAL

Introducción

Título I: El salvataje: a) La conservación de la empresa en crisis.

b) Distintas formas de salvataje de empresas: Soluciones extra-concursales: La utilización del crédito – la letra de cambio – el leasing – el factoring – la asociación de cuentas en participación – la fusión – la adquisición de empresas: El leverage buy out (L.B.O) como alternativa corriente de adquisición de empresas.

c) Soluciones concursales: El concurso preventivo – El acuerdo preventivo extraconcursal – El cramdown – La administración controlada.

Título II: Derecho Comparado: Distintos procedimientos de reflatamiento o salvataje en el derecho comparado:

a) Los acuerdos extrajudiciales en el derecho comparado: derecho francés, alemán, español y peruano.

b) Los procedimientos judiciales en la legislación europea: derecho alemán, francés, español, italiano, holandés, inglés.

c) Los procedimientos judiciales en la legislación americana: derecho uruguayo, brasileño, venezolano, boliviano, peruano, costarricense, colombiano y norteamericano.

Título III Distintos procedimientos de salvataje en el derecho argentino:

Introducción – a) El concurso preventivo – b) El acuerdo preventivo extrajudicial: Naturaleza jurídica – Presupuesto objetivo – Evolución legislativa del ape – Sujetos y causales – La homologación del acuerdo - El rechazo del acuerdo por los acreedores y el cramdown power – Efectos de la homologación - El acuerdo homologado y la novación de obligaciones – La nulidad del acuerdo homologado - Acuerdo extrajudicial no homologado. – c) El cramdown: Concepto y finalidad.

Introducción:

La finalidad del derecho concursal durante el siglo XIX, si bien había superado el antiguo concepto resarcitorio o de autodisciplina de los orígenes estatutarios, había focalizado todo su empeño en el intento liquidativo bajo la premisa según la cual las reglas del mercado eliminarían a los sujetos que no puedan adecuarse a ellas en forma que sólo subsistan los más aptos.⁴¹⁶

Hasta no hace muchos años las soluciones preventivas eran reservadas al comerciante *onesto ma sventurato*, inclusive el régimen francés de 1.955 vinculaba la suerte de la empresa a la moralidad comercial del deudor, lo cual fue considerado un defecto notable pues podía conducir a la desaparición de empresas viables.

Un hito que cambia la orientación del derecho concursal lo constituye la legislación italiana de 1.942, que es seguida de reformas en la legislación de muchos países europeos continentales, y particularmente por un intenso trabajo doctrinario que pone de relieve la necesidad de preservar la empresa como entidad social y económicamente significativa.

En el derecho concursal contemporáneo se regulan soluciones coyunturales al problema de las empresas con dificultades económicas que se engloban bajo la denominación de institutos reorganizativos y que son cualitativamente diferentes de las que se establecen respecto a aquellas empresas que se encuentran en estado de insolvencia, en cuyo caso la solución la constituye el tradicional procedimiento de quiebra.

La reorganización comporta poderes de estructuración de la empresa y conlleva la introducción de transformaciones drásticas e importantes en la estructura financiera y en el esquema organizativo y estatutario de la empresa.

⁴¹⁶ ROJO FERNANDEZ-RIO, Ángel: "Notas para la reforma de la legislación concursal", N° 138, Rev. De Derecho Mercantil, 1.975 ps. 509 y ss; GARCÍA VILLAVARDE, Rafael: "Instituciones comerciales y paraconcursales: el ámbito de una reforma", N° 8, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1.985 pág. 191. PULGAR, Juana.: "La reforma del derecho concursal comparado y español", p. 28- citas tomadas de "La inactividad de la empresa no es óbice al cramdown, por Ariel Dasso. Suplemento de Concursos y Quiebras, La Ley. Buenos Aires, 15 de marzo de 2.004.

Se expanden así las soluciones preventivas facilitándose notablemente el acceso a ellas y su resolución favorable. Se privilegian otros intereses por encima del de los acreedores, particularmente el interés de la comunidad dirigiéndose el enfoque a la preservación de la empresa como fuente de puestos de empleo y de producción de bienes y servicios útiles; lo que se identificó como el “interés general”.

Esto que fue puesto en relieve, se patentizó en algunas soluciones como la ley francesa del 25 de enero de 1.985, que al receptar como principio inicial y fundamental la preeminencia de la empresa estableció que sus fines son: 1) el salvataje de la empresa; 2) el mantenimiento del empleo y la actividad; 3) el pago del pasivo. La doctrina y la jurisprudencia coincidieron en que era una enumeración jerarquizada, apareciendo el salvataje de la empresa, como el objetivo mayor de la ley.

Título I

El Salvataje

- a) La conservación de la empresa en crisis.
- b) Distintas formas de salvataje de empresas: Soluciones extra-concursales: La utilización del crédito – la letra de cambio – el leasing – el factoring – la asociación de cuentas en participación – la fusión – la adquisición de empresas.
- c) Soluciones concursales: El acuerdo preventivo extraconcursal – El concurso preventivo – El cramdown – La administración controlada.

I.- a) La conservación de la empresa:

La tradicional fórmula concursal insolvencia-quiebra e interés privado de los acreedores, fue cediendo paulatinamente ante las distintas soluciones preventivas de la crisis empresariales, dando lugar de manera preeminente a la salvación de la empresa, la protección de las relaciones laborales y el interés general.⁴¹⁷

La finalidad primordial de la conservación de la empresa se basa en el presupuesto que sus bienes son más valiosos cuando continúan con la capacidad productiva para la que fueron creados que cuando se desmantelan o se venden por piezas.

Como vemos, frente a la liquidación de los bienes del deudor, emergió, surgió con notable fuerza la noción de la “conservación de la empresa”, orientada a la preservación de la unidad productiva. Al decir de parte de la doctrina, esta idea debe ser interpretada en sentido amplio, pues no se aplica solamente a una empresa con fin lucrativo en marcha, sino también a cualquier otro emprendimiento, aún sin fin lucrativo, como así también al mantenimiento de la unidad empresarial en empresas transitoria o

⁴¹⁷ RIVERA, Julio César: “Instituciones de Derecho Concursal” T. I. Ed. Rubinzal Culzoni, julio 2.003, ps. 32 y ss.

definitivamente paralizadas (siempre que de ello redunde una posibilidad de mejor solución preventiva y que no vulnere el legítimo interés de los acreedores), como la gestión de patrimonios particulares.⁴¹⁸

Surge la necesidad de insistir en una reelaboración de los elementos de la empresa, capital y trabajo, buscando su coordinación y colaboración en la configuración o elaboración del plan de empresa, condición de buen manejo de la empresa solvente como nueva directriz central de las alternativas de salvataje de la ley concursal, para la superación de la insolvencia, mediante la confluencia y protección de todos los intereses en juego, a saber: empresarios, trabajadores, acreedores, y por que no en definitiva, el mercado.

Sostiene Rivera⁴¹⁹ que el fundamento del interés creciente del derecho concursal por la preservación de la empresa puede ser visto también desde distintas ópticas. Por un lado, la empresa es una fuente de actividad económica y de generación de empleo, óptica desde la que se ha desarrollado la legislación francesa e italiana. Pero también puede ser considerado como un modo de maximizar el valor de los activos y con ello mejorar las expectativas de satisfacción de los intereses de los acreedores.

La conservación de la empresa, como veremos, no significa que ella deba quedar en las manos del empresario que la llevó al estado de insolvencia, señalándose que también puede ser un objetivo del sistema concursal la transmisión de la empresa como unidad, a quien la pueda sanear y hacerla eficiente.

Sostiene Vítolo que, *“contrariamente a lo que disponía el estatuto anterior, la ley 24.522 esboza el principio de la conservación de la empresa, desde la óptica de la realidad como el de **empresa económicamente viable**. Es decir que el fin perseguido no es el de conservar cualquier empresa y a cualquier costo –costo que por otra parte lo soportarán los acreedores- sino reconocer que la autonomía de la empresa constituye una*

⁴¹⁸ ALEGRÍA, Héctor: “Introducción al estudio de los flujos de fondos en el concurso preventivo”, La Ley. Suplemento de Concursos y Quiebras del 28/08/2.003.

*verdadera revolución impuesta por la realidad económica y sociológica, porque la ciencia jurídica no se detiene más en la configuración de relaciones abstractamente consideradas, representando el instrumento siempre atento y sensible a las exigencias de las nuevas estructuras, a las que debe servir y dar las reglamentaciones apropiadas”.*⁴²⁰

Siguiendo a Di Tullio, Macagno y Chiavassa⁴²¹ diremos que la finalidad del salvataje se concreta en las siguientes directivas:

- a) La supervivencia de la empresa y el mantenimiento de la fuente de trabajo.
- b) Evitar el proceso de desintegración patrimonial.
- c) Otorgar una segunda ronda de acuerdos, con la intervención de los propios acreedores o terceros interesados.

Podemos advertir entonces que, superada ya la concepción del derecho de quiebras como un medio para excluir del mercado al comerciante indigno o incapaz, se ha adoptado una visión que contiene, abarca varios objetivos (mantenimiento del empleo, el pago a los acreedores, el funcionamiento de una unidad de producción económica, etc.) que busca, pretende, anhela la conservación de la empresa como un medio idóneo para su consecución.

Es decir que el derecho pretende la conservación de la empresa viable porque ha entendido que a través de ella podrán satisfacerse mejor los distintos intereses en involucrados en el proceso.

I.- b) Distintas formas de salvataje de empresas:

Teniendo en cuenta este nuevo enfoque de la finalidad del derecho concursal, surgen distintas alternativas, diferentes medios y herramientas de

⁴¹⁹ RIVERA, Julio Cesar: “Propuestas para un sistema concursal eficiente”, www.rivera.com.ar. p. 8.

⁴²⁰ VÍTOLO, Daniel R.: “Introducción al régimen de concursos y quiebras”. Citando a ASCARELLI, T: “Ordinamento giuridico e processo economico, en problema giuridici”, t. I, p. 39 Y CÁMARA, Héctor: “El concurso preventivo y la quiebra. Depalma t.I. p. 160. Material entregado por el autor en el Postgrado de Actualización en Concursos y Quiebras. Año. 2.001.

⁴²¹ DI TULLIO, José, MACAGNO, Ariel, CHIAVASSA, Eduardo: “Concursos y Quiebras – Reformas a las leyes 25.563 y 25.589”, Lexis Nexis – Depalma. p. 80.

las cuales se pueden valer los comerciantes o empresarios, a las que pueden recurrir para encausar el buen funcionamiento de sus negocios.

La doctrina las ha distinguido y clasificado teniendo en cuenta que ellas se desarrollen o no, dentro de un procedimiento concursal.

Soluciones extra concursales:⁴²²

La utilización del crédito:

La solución más generalmente utilizada por el empresario -individual o social - para salir de situaciones de dificultad o crisis económica, es el recurrir a créditos de instituciones financieras o bancarias, a los fines de cancelar deudas y, de ser posible adoptar aquellas medidas tendientes a la modernización, reconversión, o ampliación que le permitan ingresar en una situación de rentabilidad.

Los contratos de préstamo bancario y los contratos hipotecarios son instrumentos o mecanismos que posibilitan al empresario disponer de medios financieros indispensables para sacar a flote la empresa, aunque difícilmente las entidades financieras estén dispuestas a facilitar los créditos solicitados si las dificultades del empresario son muy profundas.

Asimismo, bajo ciertas circunstancias el legislador ha considerado particularmente la situación de crisis y la presentación en concurso de la empresa deudora, para permitir su acceso al crédito. Ello ocurrió por ejemplo con el estallido de la crisis económica argentina de 2.001, que motivó el dictado de una gran cantidad de normas destinadas a regir durante la emergencia. Así la ley N° 25.563 de Concursos y Quiebras contenía una disposición dirigida al Banco Central de la República Argentina a fin de garantizar la obtención de créditos a las empresas concursadas. Si bien es objetable que una disposición de esa naturaleza estuviera contenida en una ley de quiebras (ya que debió haberse incorporado en el derecho bancario y

⁴²² El lector interesado en el desarrollo de este tema puede consultar la excelente obra de la autora española CANDELARIO MACÍAS, María Isabel: "La Empresa en Crisis. Derecho Actual". Capítulo II Posibles medidas a tomar por la administración de la empresa en dificultades y en situación de crisis económica", Ediciones Ciudad Argentina 1.998.

financiero); tenía por finalidad declarada, posibilitar a los deudores concursados la presentación (y cumplimiento) de un acuerdo “razonable y viable”, y asegurar a los acreedores que darían su conformidad a un acuerdo que disponían de un margen crediticio acordado. El cumplimiento del acuerdo, estaría así garantizado. Se estableció en el artículo 12 de la ley Nº 25.563 lo siguiente:

Artículo 12. — Acceso al crédito. El Banco Central de la República Argentina procederá a reglamentar la eliminación de toda restricción que de cualquier modo impida, obstaculice o encarezca el acceso al crédito de las personas físicas y/o jurídicas concursadas. El Banco Central de la República Argentina instrumentará una línea de redescuentos destinada a las entidades financieras que asistan a las empresas concursadas que se encuentren en la etapa prevista en el artículo 43 de la Ley 24.522 que tenga por efecto asegurar a los concursados el acceso a créditos y avales suficientes para formular una propuesta de acuerdo a sus acreedores que sea considerada razonable y viable por la entidad bancaria a cuyo cargo se encuentre la asistencia crediticia.

Las empresas concursadas y aquellas en quiebra con continuidad empresarial, podrán contratar libremente con el Estado nacional siempre que reúnan las condiciones exigidas por este último.

Pero como vemos, esta solución ofrecida por la ley argentina requiere la existencia de un proceso falencial.

La letra de cambio:

Una posible fuente de obtención de crédito a corto plazo es la letra de cambio. El empresario al librar la letra para el pago de sus deudas, dispone durante un cierto tiempo de los recursos financieros documentados. Estos instrumentos, si bien constituyen un sistema de financiación externo a corto plazo, son insuficientes para solventar empresas con crisis muy profundas.

Por otra parte, la letra de cambio, cuya utilidad en el comercio internacional es incuestionable, no es un instrumento muy utilizado en el ámbito nacional.

El leasing:

Otra herramienta de la que el empresario puede disponer es el contrato de arrendamiento financiero o “leasing”, mediante el cual se adquiere el uso de bienes -muebles o inmuebles- mediante el pago de determinadas cuotas, a manera de arrendamiento con la posibilidad u opción de compra al momento de finalizar el contrato de locación.

Puede constituir una forma eficaz de modernización de la empresa, mediante la adquisición de maquinarias, rodados para transporte, tecnología etc., en aquellos casos que la empresa requiera actualización o modernización de su equipamiento para poder competir en el mercado. Sin embargo este mecanismo requiere que el empresario esté en condiciones de solventar el (elevado) costo de las cuotas pactadas, lo cual implica que es una solución posible en los casos en que las dificultades no son muy graves o bien el empresario hubiere obtenido por algún otro medio, financiación para salir de la crisis.

El factoring:

Otro mecanismo interesante es el “factoring”, como una especie de contrato de asociación permanente, por el cual la *sociedad de facturación* se encarga de comprar las deudas comerciales de las empresas *clientes*, efectuando el cobro de las mismas. Algunos de los servicios que pueden ser objeto del contrato de factoring son la gestión de la cartera de deudores, la financiación, el cobro de las deudas y la protección frente al riesgo. Todas estas técnicas vienen estrechamente ligadas a los mecanismos tradicionales bancarios de descuento de facturas y efectos comerciales.

El riesgo de los deudores morosos e insolventes es asumido por el factor, que puede además conceder importantes anticipos de la facturación. Por lo tanto, los beneficios o incentivos que la sociedad de factoring le ofrece

a la empresa son especialmente la gestión de cobro, la cobertura al 100% del riesgo de crédito y financiación hasta de un 80% de los efectos cedidos.

Esta práctica ha sido utilizada con éxito especialmente en las estructuras económicas en que predominan las pequeñas y medianas empresas, carentes tanto de financiación como de servicios especializados de gestión, actuando esencialmente en las ventas que se realizan a corto plazo, con plazos máximos de pago de ciento ochenta (180) días.

A pesar de la importancia de este mecanismo, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) ha encontrado serias dificultades para lograr una reglamentación internacional válida en esta materia.

La asociación de cuentas en participación:

Asimismo los empresarios pueden asociarse con otros que le aportan capital para el desarrollo de su negocio sin intervenir en la dirección y gestión del mismo y quedando conjuntamente con el empresario, a resultados del éxito o fracaso del negocio, esto se logra a través de la “asociación de cuentas en participación”. Constituye, ésta una vía para atraer recursos hacia la empresa necesitada, pero siempre que tenga buenas perspectivas futuras de progreso, ya que de otro modo el socio no estará interesado en arriesgar su capital.

La fusión:

En materia de sociedades, la figura de la fusión de alguna manera permite la continuidad de la actividad empresarial. La fusión conlleva, por un lado, la extinción de toda o algunas de las sociedades involucradas, y por el otro lado conduce a la integración tanto de sus respectivos socios como de sus patrimonios en una sola sociedad que puede existir con anterioridad o puede ser creada al efecto, y en la cual los miembros de la sociedad extinguida recibirán las correspondientes acciones o participaciones.

La adquisición de empresas: El leverage buy out (L.B.O) como alternativa corriente de adquisición de empresas.

En el mundo de los negocios ha surgido como técnica de adquisición de empresas, una nueva y poco conocida figura denominada *leveraged buy-out* (LBO), que consiste en la adquisición de una sociedad sin soportar el costo que ello conlleva y una vez perfeccionada la adquisición se produce la fusión entre ambas entidades.

El LBO es una invención americana, que está resultando popular fuera de los E.E.U.U., y se aplica genéricamente a aquellos casos en los que el endeudamiento postadquisición adquiere niveles espectaculares y en los que se utilizan los activos de la empresa comprada para garantizar los recursos empleados en la adquisición.⁴²³

Leveraged es un vocablo inglés que significa apalancamiento, por ello las adquisiciones realizadas a través de estos procedimientos en español se denominan “adquisiciones apalancadas”. El verbo inglés *buy-out*, literalmente traducido como “comprar fuera”, implica o significa comprar la participación de una persona en una sociedad.

El LOB consiste en la adquisición de una compañía a través de la financiación de una parte importante, significativa de su precio mediante el uso de un crédito garantizado con el valor de los activos de la propia empresa adquirida y no sólo por la capacidad crediticia del comprador. Puede considerarse que la inversión efectuada por el comprador en el capital es pequeña con relación al precio de la compra y la mayor parte del precio se financia mediante préstamos de uno o más prestamistas externos que se basan exclusivamente en el crédito de la sociedad adquirida.

La operatoria se constituye cuando inversores privados o un grupo formado por inversores privados, banca de negocios e inversores institucionales, adquieren, compran una empresa, operación que será financiada en su mayor parte por un paquete de deuda que será

⁴²³ SARACHO: “Management buy-out: aspectos financieros”. Dirección y Progreso. Nº 93, mayo-junio 1.987, pags. 55/60.

reembolsada usando el flujo de caja producido por la misma empresa adquirida, cuya actividad o acciones funcionan como garantías colaterales.

Siendo el objetivo de la adquisición el mantenimiento en el mercado de la unidad económica y productiva, en las compras apalancadas es la propia empresa que está siendo adquirida la que financiará la adquisición garantizando con su paquete accionario, capital, etc. la operación de endeudamiento o préstamo requerido, solicitado por la adquirente. Y es la propia empresa adquirida la que cancelará dicho préstamo con el producido de su actividad.

Esta figura es utilizada fundamentalmente por los grandes grupos de empresas que evolucionan hacia la concentración privada, y que tiene como objetivo absorber empresas que tienen dificultades financieras.

En la práctica se pretende adquirir una empresa en dificultades y para ello se crea una nueva empresa con un capital social comúnmente inferior al valor de aquella; la nueva empresa solicita un crédito al Banco, a otros inversores o a financistas privados, ofreciendo en dicha operatoria como garantía las acciones de la sociedad que se pretende adquirir, y trasladando el costo de la adquisición al patrimonio de la sociedad adquirida, financiando así, gran parte de la operación.

El riesgo empresarial corrido por el adquirente es ínfimo comparándolo con la envergadura del precio de adquisición y del endeudamiento, ya que de su propio patrimonio sólo arriesga el capital inicialmente destinado a la creación de la sociedad adquirente.

Su principal característica consiste en que la posibilidad de obtener financiación no se apoya en la solvencia económica de la entidad adquirente – que como ya vimos puede ser una sociedad constituida para dicho propósito y sin antecedentes de prestigio en el mercado -, sino en una combinación de la capacidad de generación de circulante y de la protección ofrecida por el valor de los activos de la sociedad adquirida.

No obstante, como se verá seguidamente, no todas las adquisiciones financiadas a través de deudas dan origen a un LBO. Solo puede hablarse

de adquisiciones apalancadas en la medida en que los compromisos de pago contraídos frente a terceros por los compradores para materializar la adquisición sean trasladados a la sociedad adquirida y entren a formar parte, pasen a constituir, su pasivo exigible.

Así prestigiosa doctrina sostiene: “... La mayor parte de las adquisiciones de empresas por parte de otras empresas pagadas al contado en lugar de por intercambio de acciones, son financiadas por deuda asumida y garantizada por la empresa adquirente. En sentido estricto un LBO existe sólo cuando la deuda contraída para la adquisición es asumida por la empresa adquirida, en el sentido de que entra a formar parte de su pasivo, y no en el de la empresa adquirente. En muchos casos esta última ni siquiera existe como entidad económica, y constituye tan sólo una estructura jurídica que se usa para dar forma a la transacción. La empresa adquirente tiene dimensiones netamente inferiores a las de la adquirida y en consecuencia no puede hacer frente directamente al costo de la adquisición ni puede garantizar con su capacidad de deuda la financiación necesaria. En estas situaciones el LBO se configura como un instrumento apropiado, a través de la capacidad de endeudamiento de la empresa adquirida, para acelerar de manera importante el crecimiento de la empresa adquirente.”⁴²⁴

El supuesto típico, la hipótesis clásica de apalancamiento consiste en efectuar la siguiente operación: La sociedad “A” (sociedad adquirente), intenta adquirir la sociedad “B” (llamada target, o cible o sociedad diana), no teniendo todo el dinero preciso lo toma prestado de “C” (el financiador), al que promete dar en garantía –una vez efectuada la adquisición- las acciones o patrimonio de “B”. Una vez operada la adquisición “A” se fusiona con “B”.

Distintas alternativas de adquisición:

Un LBO puede realizarse de dos formas, dependiendo la elección de diversos factores, pero en muchos casos de razones de naturaleza o índole puramente fiscal.

La operación puede realizarse:

- Adquiriendo las acciones de la empresa en dificultades (target), o
- Adquiriendo sus activos.

En los supuestos en los que el precio de adquisición sea superior al valor contable de los activos, la adquisición de éstos es más conveniente, por resultar más fácil revalorizarlos y como consecuencia, beneficiarse de mayores amortizaciones.

Si por el contrario el precio es inferior, la adquisición de las acciones aparece como más conveniente, existiendo la posibilidad de seguir amortizando los activos según el valor contable aunque se hayan vendido por un precio inferior.

Generalmente se prefiere adquirir los activos ya que permite seleccionar a la hora de adquirir; los compradores pueden aceptar quedarse con sólo una parte de la empresa en función de sus objetivos, lo que no es posible cuando se adquieren las acciones de la sociedad.

Como ya vimos, en este tipo de operatorias la mayor parte de los recursos necesarios para la adquisición de la empresa se obtienen a través del endeudamiento, y sólo una pequeña parte del precio es provista por el grupo de adquirentes como capital neto. Es por esta razón que un aspecto esencial de este tipo de adquisiciones lo constituye su financiación. Una mala planificación en la capacidad de generar recursos por la empresa, una estructura de endeudamiento excesivamente gravosa, o una insuficiencia de recursos propios la puede hacer fracasar pues de ellos depende la posibilidad de cancelación del préstamo solicitado.

Las LBO se utilizan habitualmente para la adquisición de sociedades o empresas en dificultades económicas o financieras, ya que de otro modo sería prácticamente imposible su adquisición y fusión por parte de otra empresa y muy especialmente cuando la adquirente es pequeña y nueva en el mercado.

⁴²⁴ SANDRÍ: "Il leveraged buy-out negli Sati Uniti". Il Risparmio. N° 4. Año 1.987. p. 688.

Formas de financiación:

Existen dos tipos de financiación, a saber: a) garantizada y b) no garantizada.

- a) En la financiación garantizada o *secured leverage buy out*, los activos de la sociedad adquirida son utilizados para garantizar el pago de la financiación que precisa el grupo inversor. Hace posible el uso de niveles de endeudamiento superiores a los que normalmente son aceptados ya que la diferencia entre el importe del endeudamiento asegurado y el precio de compra se cubre mediante la posibilidad de aumentos de capital y financiación del grupo inversor, disponiendo los acreedores de una garantía real sobre los activos de la target o sociedad adquirida.
- b) En la financiación no garantizada o *insecured leverage buy out*, los préstamos no garantizados se otorgan sobre la base del flujo de caja que la target podrá producir en los años siguientes a la cesión, según una estimación previamente efectuada. En ésta práctica cumple un rol fundamental la planificación, proyección y capacidad de administración de la sociedad fusionada.

En la práctica los LBOs suelen utilizar una combinación de los dos tipos. Las proporciones entre las fuentes de financiación son cambiantes, aunque la cuota de capital neto es siempre marginal. La pluralidad es necesaria por factores técnicos; muchos LBO se negocian a un precio superior al de mercado de los activos que componen la empresa. Los préstamos garantizados tienden a no cubrir el valor entero del activo, sino sólo un porcentaje prudencial. Por eso es preciso acudir a los préstamos no garantizados.

Una operación sin financiación no garantizada se aleja de los presupuestos del *leverage buy out*, salvo que el precio de adquisición no comprenda el premio por el patrimonio empresarial, o mejor, se dé el supuesto en que la transferencia de la actividad se efectúe a un valor inferior al de mercado.

Como ya expresara, el apalancamiento existe sólo cuando la deuda contraída para la adquisición es asumida por la empresa adquirida o target, en el sentido en que pasa a formar parte de su pasivo, y no, del de la empresa adquirente.

Por lo dicho hasta aquí se desprende que el LBO se configura como un instrumento apropiado, a través de la capacidad de endeudamiento de la empresa adquirida, para acelerar de manera importante el crecimiento de la empresa adquirente.

Pero no todas las adquisiciones financiadas a través de deuda dan origen a un *leverage buy out*, ya que la mayor parte de adquisiciones de empresas por parte de otras empresas pagadas al contado en lugar por intercambio de acciones, son financiadas por deuda asumida y garantizada por la empresa adquirente.

Distintas variantes de este fenómeno de adquisición:

Es importante precisar la gran confusión existente en torno al sentido de las siglas LBO y otras muy relacionadas como las MBO, LMO, LEBO, MBI, LCO, etc.

Cuando estamos frente a un procedimiento de adquisición empresarial, con frecuencia una parte de los altos directivos de la target participan en la operación de adquisición y se convierten por lo tanto en copropietarios.

En estos supuestos estamos frente a un management buy-out, o MBO en los cuales el equipo directivo de la compañía toma una participación en el grupo inversor constituido para acceder al control de la misma.⁴²⁵

Así como vimos que las LBOs se utilizan mayormente para financiar la adquisición de empresas en dificultades, las MBO pueden ser utilizadas como una maniobra de parte de los directivos de la empresa para asegurarse el control de la sociedad.

⁴²⁵ LOIZAGA VIGURI, José María: "Introducción al buy-out". Dirección y Progreso. Nº 102, Biblioteca de la Universidad Complutense. www.ucm.es, 1.988. p.59.

La adquisición de una empresa financiada por deuda que ella misma garantiza y la adquisición de una empresa por sus directivos, son transacciones diversas pero que en algunas ocasiones puede llevarse a cabo conjuntamente.

Pero también en los casos en los que los “managers” participan suele hablarse de *leverage buy out*, confundiendo ambos términos. Los operadores del mercado consideran la participación de los directivos un factor decisivo para el éxito de la operación, pero no todos los LBOs se llevan a cabo con su intervención o participación, ya que algunas veces no intervienen o lo hacen en forma limitada, no mayoritaria. Por su parte los MBOs se utilizan para financiar con la deuda la adquisición de pequeñas porciones de la empresa, utilizando sociedades de *venture capital*.

En Europa la participación de directivos y el apalancamiento, van casi siempre juntos. La presencia de los directivos es considerada más importante que la vía de financiación, y la transacción casi siempre se indica con el término *management buy-out*, aunque sea financiada por deuda.

Así Mullerat sostiene que “*la mayoría de MBOs (adquisiciones por propios directivos) son también LBOs,... la financiación constituye el elemento crucial de los MBOs obteniéndose mayormente en base o con la garantía de los propios activos de la sociedad*”.⁴²⁶

En Gran Bretaña, la mayor parte de los estudios los dedican a MBOs por ser las operaciones que plantean interesantes conflictos. En ocasiones, los propios administradores de la sociedad en dificultad venden los activos de ésta a un precio inferior al valor del mercado, con el propósito de adquirir ellos mismos las acciones y convertirse en los nuevos directores, actuando así en contra de los intereses que deberían representar, generándose un conflicto de intereses entre el equipo del buy-out (adquirente) y los accionistas de la target o sociedad diana (empresa en dificultades) ya que

⁴²⁶ MULLERAT BALMAÑA, Ramón.: “Management and leveraged buy-out (adquisiciones de sociedades por sus propios directivos). Aspectos Jurídicos” Revista Jurídica de Cataluña Nº 2 – 1.991, pas. 29 a 49.

mientras los primeros intentarán minimizar el precio, los segundos intentarán maximizarlo.

Otra variante de este tipo de operaciones es la que se denomina Management buy-in (MBI) o LBI, que consiste en el mecanismo de adquisición en el que el control de la sociedad es obtenido por un equipo directivo externo a la misma, sustituyéndose el equipo directivo de la compañía objetivo, por otro que juntamente con el grupo inversor toma participación en la operación. Esto se debe a que los prestamistas prefieren un nuevo equipo directivo que responda a sus intereses, suprimiendo, por otra parte, los conflictos con los directivos de la sociedad diana, que como vimos se dan en una MBO.

Por otra parte, la ventaja del MBI respecto del MBO, es que las instituciones financieras suelen conocer y confiar más en el nuevo equipo directivo, con el que generalmente, ya han participado en operaciones similares. Por otra parte cabe destacar que en esta operatoria la dificultad mayor reside en su falta de conocimiento del nuevo equipo directivo respecto al funcionamiento y a la real situación de la empresa, ya que para ellos es totalmente nueva.

Otra alternativa lo constituye el que la empresa en dificultades sea adquirida por sus propios empleados, lo cual se denomina leveraged employee buy-out, o *LEBO* operación que suele ser favorecida por importantes beneficios fiscales.

En lo que respecta a este punto, podemos concluir que las distintas técnicas de carácter jurídico-financiero analizadas constituyen un elemento nuevo que abre perspectivas interesantes no sólo considerándoselas como modernas técnicas de adquisición y fusión de empresas, sino, también como técnicas de rápida expansión de una novata sociedad adquirente, y particularmente para la solución de empresas en dificultades, ya que es posible que entre los factores que dieron origen a los problemas afrontados por la empresa se encuentre una mala gestión de los administradores, y precisamente la rehabilitación requiere de una nueva, hábil e inteligente

administración capaz de conocer y aplicar cuantas técnicas resulten necesarias para expandirla, ya sea elaboración y análisis de estados financieros, presupuestos, sistemas de control, estudios de mercado, análisis de inversiones, análisis de rentabilidad y fuentes de financiación existentes, entre otras- y a partir de aquí, tomar las decisiones adecuadas que permitan sanear la empresa.

Todos estos mecanismos no poseen una gran tradición en la República Argentina, ya que no suelen ser utilizados como métodos corrientes de adquisición y fusión de sociedades.

Tampoco la doctrina nacional ha profundizado en el análisis del tema, considerándose los escasos supuestos que se ha dado en la práctica como técnicas de apalancamiento o LBO sin distinguir estas operatorias de otras similares ya sean MBO, MBI etc., distinción que sí es efectuada por la doctrina extranjera.

Como podemos observar con el desarrollo de este tema hasta aquí efectuado, que en la práctica, las empresas en crisis se valen no solo de la obtención de créditos o financiación bancaria, créditos hipotecarios y utilización de letras de cambio, que le brindan el oxígeno financiero necesario para poder continuar con su actividad mercantil y superar su situación deficitaria, sino también se valen de la utilización de figuras como el factoring, o el leasing, entre otras.

Cabe mencionar que la adopción, la elección de una u otra herramienta dependerá, entre otros factores, de las características y profundidad de la crisis por la que atraviesa la empresa que deba adoptarla, como así también el contexto económico-social en general en la que la actividad empresarial se desenvuelva.

I.-c) Soluciones concursales: El concurso preventivo – El acuerdo preventivo extraconcursal - El cramdown – La Administración controlada.

El concurso preventivo:

Históricamente, este procedimiento constituye una de las primeras soluciones preventivas de la quiebra adoptadas por los sistemas concursales. Su apertura implica la suspensión de todos los procesos de contenido patrimonial contra el deudor como asimismo la iniciación de nuevos reclamos ante jurisdicciones ordinarias, reclamos todos que deberán implementarse ante el juez del concurso.

El objetivo es permitirle al deudor elaborar una propuesta de cancelación de sus obligaciones, acuerdo o concordato, en una propuesta única que deberá ser aprobada por los acreedores, generalmente reunidos en una Junta, aunque los ordenamientos jurídicos suelen reconocer la posibilidad de obtener las conformidades por acuerdos particulares, cuya propuesta deberá ser idéntica para todos los acreedores que pertenezcan a una misma categoría, y que, en todos los casos, serán presentados ante el juez concursal para su aprobación u homologación.

Asimismo puede variar la facultad de contralor del juez respecto de la viabilidad, o posibilidad de cumplimiento del acuerdo, quien podrá en algunos sistemas rechazarlo o no homologarlo cuando lo considere inviable o abusivo, y en otros casos se limitará a controlar la obtención de las conformidades en los porcentajes o las mayorías necesarias, requeridas para proceder a la referida homologación.

El acuerdo preventivo extraconcursal

Suele afirmarse que en la práctica, los acreedores ordinarios, no privilegiados prefieren los acuerdos extrajudiciales ya que les permiten un pacto más directo de sus intereses, siendo para ellos la solución más

deseada, el hecho de efectuar la negociación fuera del proceso y su eficacia depende de la flexibilidad del mismo.

Estos acuerdos extrajudiciales se encuentran expresamente reconocidos por ejemplo en el derecho alemán, en el derecho francés (*règlement amiable*), en el derecho argentino (A.P.E), en el ordenamiento de Perú, España, en la reciente modificación al sistema concursal de Brasil, entre otros.

Como es lógico, sus características y efectos suelen diferir en los distintos derechos, pudiendo vincular sólo a los acreedores que participaron y aprobaron el acuerdo, o bien (reunidas determinadas mayorías), obligando a todos, hayan o no prestado su conformidad.

El cramdown

Se trata de un método, mecanismo o procedimiento de rescate empresarial que permite al deudor concursado que ha perdido la posibilidad de obtener la aprobación de su propuesta por parte de los acreedores, evitar la liquidación de la empresa a través de la negociación de un nuevo acuerdo, pero en esta oportunidad no ya con exclusividad, sino compitiendo en igualdad de condiciones con propuestas efectuadas por sus acreedores o terceros interesados, ajenos al concurso.

Lo que se pretende con la apertura del cramdown es evitar la necesidad de liquidar la empresa a los efectos de cancelar el pasivo concurrente; de él se hará cargo la concursada en los términos del acuerdo logrado por el tercero ganador y a cambio de lo cual este último sustituirá a los primitivos socios, adquiriendo la totalidad de las cuotas o acciones que integran el capital social.

En algunas legislaciones, el salvataje se concreta sobre la base de un plan de reorganización, con un adecuado control judicial, en cambio en otros sistemas no se requiere la presentación del plan debiendo sólo constatarse la obtención de las referidas mayorías.

La administración controlada

Los procesos de administración o gestión controlada se apoyan en un plan de actuación global concertado, acordado entre los acreedores y el deudor, que suele requerir ser aprobado en junta de acreedores, y ejecutado a través de una nueva administración con un régimen propio de control.

Suele implementarse a través del nombramiento de un administrador que tendrá por finalidad principal la de sanear la empresa.

El plan de administración controlada debe establecer las líneas generales de la administración de la empresa, los objetivos concretos que se pretenden alcanzar, los medios que utilizarán para lograr dichos fines el plazo de duración, y demás medidas financieras, comerciales administrativas o jurídicas que resulten necesarias para la ejecución del plan.

Esta figura se encuentra reconocida entre otros, en el derecho alemán, inglés, etc.

A continuación efectuamos un cuadro con los distintos mecanismos de salvataje analizados realizando una breve descripción de sus principales características.

Distintos mecanismos de salvataje

	Denominación	Características
Formas no concursales	Utilización del crédito	Préstamos bancarios y contratos hipotecarios. El plazo, monto y demás características dependerán de que la entidad financiera apruebe la carpeta del cliente.
	Letras de cambio	Financiación externa a corto plazo

Formas no concursales	Leasing		Arrendamiento de bienes muebles o inmuebles con opción a compra. Requiere que el empresario esté en condiciones de solventar el elevado monto de las cuotas.
	Factoring		Contrato de asociación permanente puede utilizarse para: - gestión de la cartera de deudores, - financiación, el cobro de las deudas - protección frente al riesgo
	Asociación de cuentas en participación		El empresario se asocia con otros que no participan en la dirección ni gestión del negocio. Requiere buenas perspectivas futuras de progreso.
	Fusión		Importa la extinción de toda o algunas de las sociedades involucradas, y conduce a la integración tanto de sus respectivos socios como de sus patrimonios en una sola sociedad.
	Adquisiciones apalancadas	Leverage Buy Out (LBO)	Se utilizan los activos de la empresa comprada para garantizar los recursos empleados en la adquisición. El riesgo corrido por el adquirente es mínimo. Puede ser garantizada o no garantizada.
		Management buy-out (MBO)	El equipo directivo de la compañía toma una participación en el grupo inversor constituido para acceder al control de la misma.

		Management Buy-in (MBI)	Mecanismo de adquisición en el que el control de la sociedad es obtenido por un equipo directivo externo a la misma, sustituyéndose el equipo directivo de la compañía objetivo.
		Leveraged employee buy-out, (LEBO)	Adquirida por los empleados suele ser favorecida por importantes beneficios fiscales.
Formas Concursales	Acuerdo Preventivo Extrajudicial (A.P.E.)		El hecho de efectuar la negociación fuera del proceso permite a los acreedores ordinarios un pacto o acuerdo más directo de sus intereses. Su eficacia depende de la flexibilidad del mismo.
	Concurso Preventivo y Concordato o acuerdo de acreedores		Constituye una de las primeras soluciones preventivas de la quiebra. Implica la suspensión de todos los procesos de contenido patrimonial contra el deudor y la iniciación de nuevos reclamos ante jurisdicciones ordinarias. Objetivo: permitirle al deudor elaborar una propuesta de cancelación de sus obligaciones.
	Administración Controlada		Se apoyan en un plan de actuación global concertado, acordado entre los acreedores y el deudor, que suele requerir ser aprobado en junta de acreedores, y ejecutado a través de una nueva administración con un régimen propio de control cuyo principal es el de sanear la empresa.

	Cramdown	<p>Del pasivo concurrente se hará cargo la concursada en los términos del acuerdo logrado:</p> <ul style="list-style-type: none"> - por el propio deudor, - por un acreedor, o - por el tercero ganador. <p>Quien logre el acuerdo, sustituirá a los primitivos socios, adquiriendo la totalidad de las cuotas o acciones que integran el capital social.</p> <p>Suele concretarse sobre la base de un plan de reorganización.</p>
--	----------	---

Título II

Derecho Comparado

Distintos procedimientos de reflotamiento o salvataje en el derecho comparado:

- a) Los acuerdos extrajudiciales en el derecho comparado: Francia, Alemania, España, Perú, Brasil y Chile.
- b) Los procedimientos judiciales en la legislación europea: Derecho alemán, francés, español, italiano, holandés, inglés.
- c) Los procedimientos judiciales en la legislación americana: Uruguay, Brasil, Chile, Bolivia, Venezuela, Perú, Costa Rica, Colombia y EE.UU de Norteamérica.

Distintos procedimientos de salvataje en el derecho comparado

Hemos visto hasta aquí, las diferentes y variadas herramientas utilizadas por los comerciantes para superar la crisis de la empresa, como así también efectuamos una breve descripción de las características generales de los distintos mecanismos que en el derecho concursal se utilizan para evitar la liquidación del deudor.

Seguidamente analizaremos distintos procedimientos, o institutos utilizados en el derecho comparado, destinados al salvataje de empresas.

II.- a) Los acuerdos extrajudiciales en el derecho comparado:

El procedimiento de acuerdo amigable establecido en el **derecho francés**, es la pieza, herramienta o medio para regular la situación de toda empresa artesanal o comercial que tenga dificultades económicas o financieras pasajeras, o bien que dichas dificultades no puedan ser cubiertas por una financiación adaptada a las posibilidades de la empresa.

La eficacia y desarrollo del *règlement amiable*, dependen tanto de su flexibilidad y ausencia de normas jurídicas rígidas y detalladas, como así

también de la existencia de un mínimo de reglas generales tendentes a suprimir los efectos perversos que derivan de la ausencia de organización.

El *règlement amiable* presenta cierta mixtura entre los tradicionales convenios típicos y los extrajudiciales, dándose en el marco de la autonomía privada con una peculiar intervención jurisdiccional, en donde los tribunales no se limitan a apreciar sólo los cambios de recuperación de la empresa sino que son quienes adoptan las decisiones fundamentales para salvaguardarla y decidir respecto a las modalidades del arreglo privado.

En el **derecho alemán** se incorporan los acuerdos extrajudiciales confiriendo a los interesados la posibilidad de recuperar la empresa celebrando un acuerdo o convenio de continuación que, en cualquier caso, puede ser reglamentado al margen de las disposiciones legales.

En la práctica, los acreedores ordinarios no privilegiados prefieren los acuerdos extrajudiciales ya que les permiten un pacto más directo de sus intereses, resultando para ellos la solución más deseada: el hecho de efectuar la negociación fuera del proceso.

La Ley alemana del 5 de octubre de 1.994, prescribe un plan de reestructuración anterior a la apertura del procedimiento. Así se establece: I.- Si es adoptado un plan de reestructuración antes de la apertura del procedimiento, pero no antes de los tres meses previos a la petición de apertura, puede ser revocado no sólo por el administrador de la insolvencia, sino también por el comité de empresa. II.- Revocado el plan de reestructuración, los trabajadores cuyos créditos se originan en el plan pueden ser tenidos en cuenta para la adopción de un plan de reestructuración el procedimiento de insolvencia. III.- Las percepciones que un trabajador ha recibido antes de la apertura del procedimiento de insolvencia por efecto del plan de reestructuración no pueden ser reclamadas en base a la revocación del plan. En la adopción de un nuevo plan de reestructuración, deben deducirse, para el cálculo de la cuantía total de las obligaciones del plan, las percepciones que conforme el punto I se

originen para los trabajadores afectados por el despido hasta la cuantía de una mensualidad y media.

En el Anteproyecto de Ley de Concursos (ALC) del **derecho español** de 1.983, existe – con cierta cautela- el propósito de reconocer y fomentar en la futura legislación una práctica de solución extrajudicial y amigable de situaciones de insolvencia e iliquidez. El artículo 212 del ALC'83 declara nulos los acuerdos extrajudiciales posteriores a la declaración judicial de quiebra; pero no los anteriores, aunque, como es de esperar, limita su eficacia a las partes firmantes del pacto.

Las críticas que parten desde la doctrina contra la celebración de estos acuerdos extrajudiciales, se centran en que dichos pactos no suelen ajustarse a la equidad. Así se dice que, a menudo no existe algún método que pueda garantizar la participación de todos los acreedores en el acuerdo; y que por otra parte no es fácil que se reúna en una organización apropiada para ellos, idónea para representarlos, lo que sí sucede en los convenios o concordados judiciales.⁴²⁷

La falta de un reconocimiento expreso de los acuerdos extrajudiciales en el derecho español se debe a que ha prevalecido la idea que la tutela de los trabajadores, de los acreedores minoritarios y del interés general exigen la presencia del juez para cualquier composición en caso de crisis económica.

La legislación española contiene importantes normativas reguladoras de soluciones no concursales. Así: I) la Ley del 1 de setiembre de 1.939, sobre Incautación de Empresas o Compañías mercantiles, destinada a lograr la conservación de empresas estableciendo un procedimiento de intervención que participa de las características de un sistema de economía de guerra y de las medidas intervencionistas de carácter social.⁴²⁸ II) El

⁴²⁷ En este sentido CARRILLO FRANCO, H. Agustín: "Prevención de la quiebra y reorganización de sociedades. La reorganización concursal en el derecho norteamericano". Tesis doctoral. Valladolid 1.990. p. 151-154. También JAEGER, N.: "Il fallimento le altre forme di tutela giurisdizionale". Milano Vallardi. 1.964, p. 251.

⁴²⁸ GARCÍA VILLAVARDE, Rafael.: "Notas sobre la reforma del régimen jurídico de la crisis de las empresas bancarias". Madrid: Papeles de Economía Española. Nº 18. 1.984. p. 140.

Decreto-Ley de 20 de octubre de 1.969 sobre administración judicial de Empresas embargadas, refiere lo imprevisible de la complejidad que presenta la vida mercantil cuando se promulgaron leyes procesales y apoya la necesidad de tutelar los intereses generales que el Estado está llamado a proteger. III) La Ley del 26 de julio de 1.984 sobre Reversión y Reindustrialización, que -si bien no está en vigor- se mantiene vigente a través de diferentes Reales Decretos sobre Reversión que se promulgaron en desarrollo de la ley. IV) Por último podemos mencionar la Ley 12/1991 del 29 de abril de 1.991 sobre Agrupaciones de interés económico.

Por su parte la **Ley de Reestructuración Empresarial de Perú**, Decreto Ley N° 26.116, establece la posibilidad de celebración de un acuerdo extrajudicial con el fin de posibilitar el restablecimiento de la empresa.

Así en su artículo 16 dispone que los convenios extrajudiciales podrán versar sobre:

- 1.- La liquidación de los bienes del deudor.
- 2.- La condonación de parte de sus deudas.
- 3.- La ampliación del plazo de sus obligaciones.
- 4.- La refinanciación del pago de sus obligaciones.
- 5.- Cualquier otro acto que tenga relación con el pago de las obligaciones y la liquidación de los bienes de la empresa, así como el pago de los gastos y honorarios que ésta demande, etc.

La “**recuperação extrajudicial de Brasil**” incorporada por la nueva ley de quiebras N° 11.101, constituye una de sus importantes novedades.

El deudor que reúna los requisitos para pedir recuperación judicial establecidos en el artículo 48 de la ley N°11.101, podrá también requerir recuperación extrajudicial, la que deberá ser negociada con los acreedores.

Se encuentra vedado acordar el pago anticipado de divisas y el tratamiento desfavorable a los acreedores que no están sujetos al acuerdo.

El deudor podrá pedir la homologación judicial del plan de recuperación extrajudicial, acreditando los términos y condiciones con las firmas de todos los acreedores que adhieran al plan.

El deudor podrá también solicitar la homologación del plan de recuperación extrajudicial que obliga a todos los acreedores por el contenidos, si ha sido firmado por los acreedores que representen más de los tres quintos (3/5) de todos los créditos de cada especie.

La posibilidad de celebrar un acuerdo extrajudicial, en la ley N° 18.175⁴²⁹ de **Chile** se encuentra reconocida y regulada en los artículos 169 a 172. En ellos se establece que antes de la declaración de quiebra podrá pactarse entre el deudor y los acreedores un convenio extrajudicial para solucionar sus obligaciones, con tal que se observen las siguientes reglas:

- 1) Que el convenio sea aceptado por la unanimidad de los acreedores.
- 2) Que el deudor haga una exposición del estado de sus negocios, conforme a su balance, si debiere llevar contabilidad, y conforme al inventario valorado de su activo, y pasivo, si no debiere.
- 3) Que en el acta de convenio se deje testimonio de haberse dado cumplimiento al requisito exigido en el número anterior, y
- 4) Que un ejemplar del convenio y del balance o inventario suscrito por el deudor y sus acreedores sea protocolizado en la notaría del domicilio del deudor.

En el convenio podrá acordarse, que el deudor quede sujeto a intervención, y designarse para desempeñar este cargo a uno de los síndicos que formen parte de la nómina nacional de síndicos, o a otra persona, debiendo asimismo pactar su remuneración entre los firmantes del acuerdo y el interventor.

El acreedor que hubiere sido omitido en el convenio extrajudicial podrá aceptarlo y exigir que se cumpla también a su favor o, por el contrario ejercitar las demás acciones que le correspondan, como si el convenio no

⁴²⁹ La Ley N° 18.175 que modifica la ley de quiebras y fija su nuevo texto fue publicada en el Diario Oficial el 28 de octubre de 1.982.

existiere.

Nulidad del convenio:

Cualquiera de los acreedores podrá solicitar que se declare nulo el convenio probando que es falso o incompleto el balance o el inventario que le sirvió de antecedente, o bien, que se han supuesto deudas en el pasivo o que se han supuesto u ocultado bienes en el activo, tramitando el juicio correspondiente con arreglo al procedimiento sumario.

II.-b) Los procedimientos judiciales en la legislación europea:

La normativa europea, se dirige, en primer lugar, a las grandes empresas en crisis, lo relevante es el emprendimiento empresario por la significación que tiene en la actividad socio - económica y en el mantenimiento de fuentes de trabajo.

En segundo lugar, es fundamental lo que se denomina “período de observación” de la empresa que está a cargo de funcionarios especiales designados por el juez con el objeto de analizar la viabilidad de la explotación y proponer un plan de reorganización.

En tercer lugar, definida la posibilidad de saneamiento empresario, la formulación del plan de empresa es la pieza fundamental a la cual deben adherir los acreedores y también el juez tiene la facultad de imponerlo, más allá de las mayorías que se obtengan.

En el derecho continental europeo predomina la tendencia administrativa.

Derecho alemán

La Insolvenzordnung alemana de 1.995, vigente desde 1.999, establece la finalidad del procedimiento de salvataje expresando que el acuerdo con los acreedores puede formalizarse mediante un plan de insolvencia en el que se contenga una reglamentación especialmente dirigida a la conservación de la empresa y donde la legislación impide “la obstrucción de alguna categoría de acreedores” otorgando al juez la facultad

de imponerlo en la medida que sea conveniente a los intereses de la explotación.

Consiste en la facultad judicial de considerar otorgada la aceptación de un grupo de acreedores, aún cuando no hubiere logrado las mayorías cuando:

- 1) La mayoría de los grupos autorizados a votar el plan, lo hayan hecho;
- 2) Los acreedores del grupo disidente no sean colocados por el plan de insolvencia, en peor situación que la que a ellos les correspondería sin el mismo; y
- 3) No sean partícipes con una cuantía económica “razonable”, respecto de la que a causa de los principios del plan deba favorecer a los otros grupos.

El criterio de razonabilidad establecido está fundado en las siguientes bases:

- a) Ningún otro acreedor debe obtener valores económicos que sobrepasen la pretensión de los acreedores del grupo, al cual se impone el plan.
- b) Ningún acreedor que sin el plan deba satisfacerse con subordinación, ni el deudor ni otro sujeto obtiene valor económico alguno.
- c) Ningún acreedor que sin el plan deba satisfacerse con igual rango obtiene mejor situación que esos acreedores.

Pero resulta importante destacar que no sólo los acreedores pueden ser objeto de cramdown, o sometimiento de su voluntad ya que cuando el plan hubiere sido presentado por el administrador de la insolvencia, el deudor debe prestar su conformidad al mismo. Dicha conformidad se supone cuando el deudor no impugna el plan (artículo 247, I), pero como se expresó, el juez puede de todos modos imponérselo a condición de que el deudor no estuviere a causa del plan en peor situación que aquella en se encontraría sin el mismo, y ningún acreedor obtuviere un valor económico que sobrepase la totalidad de su pretensión (artículo 247, II, 1 y 2).

Si el plan fuere aceptado por los acreedores y por el deudor se “requiere la aprobación del juez”, quien debe oír al administrador, a la

comisión de acreedores, -si está constituida- y al deudor (artículo 248). Una vez aprobado el plan, se decreta la clausura del procedimiento, con la que cesan en sus funciones el administrador de la insolvencia y la comisión de acreedores, recuperando el deudor el derecho a la libre disposición de los bienes (artículo 258 y 259). Permanecen en cambio las disposiciones sobre la vigilancia del cumplimiento del plan (artículos 259, II y 260). Es factible la permanencia en sus funciones del administrador de la insolvencia, comisión de acreedores, y la supervisión del juzgado, si estuvieran previstas en la parte organizativa del plan (artículos 260 y 261).

En todo caso se decreta el levantamiento de la vigilancia cuando desde la clausura del procedimiento de insolvencia transcurrieron tres (3) años sin petición de apertura de un nuevo procedimiento de insolvencia (artículo 268).

La legislación alemana establece que el fallido conserva la condición de comerciante, y entonces es el titular de la explotación, en el ejercicio falencial de la empresa.

La sindicatura es órgano de carácter público y es el encargado del cumplimiento de los deberes oficiales. En este sistema se debe proveer un plan social y el pago de las compensaciones debidas a los trabajadores por resarcimiento de los daños derivados de las cesantías.

En el sistema legislado en Alemania, lo más destacable de toda su estructura es la figura del síndico; está constituido como un funcionario que goza de amplios poderes y de la más amplia libertad de decisión, comparado con el curador italiano. Un amplio sector de la jurisprudencia de este país lo considera como órgano de carácter público y encargado de tareas oficiales, pero como contrapartida, el síndico puede ser declarado personalmente responsable por los daños que ocasione.

Observamos que el sistema permitía la continuación de la actividad, a instancias del funcionario (síndico), o por decisión del tribunal o, en última instancia, a pedido de la comisión de acreedores.

Legislación Francesa

La ley francesa de mayo de 1.838 ya hablaba de la posibilidad de continuar la actividad del fallido, recogiendo el fracaso registrado en la llamada unión de acreedores, y permitiendo la actuación del deudor en la continuación empresarial.

Destacamos que el Código francés de 1.807 seguía el método de la economía de mercado. Luego del año 1.930, aparece una transición a métodos mixtos y gubernativos. A partir de 1.955 se permite al deudor continuar la explotación pero con el acompañamiento y control de un administrador. En 1.967 se sanciona una ley que modifica el concepto jurídico existente en Francia, adoptando, incorporando a esa legislación la teoría del método gubernativo.

El difícil propósito de considerar a la empresa en forma separada del empresario, se intenta a través de la Ordonnance, con dos leyes fundamentales: “Réglement judiciaire, liquidation des biens, fallite personnelle et banqueroutes” (67/563), y “Suspension provisoire des poursuites” (67/820).

A partir de ésta legislación, el régimen concursal francés giró sobre la base de tres procedimientos colectivos:

- el procedimiento extraordinario de la suspensión provisoria de las ejecuciones para empresas de interés nacional que atravesaban por una situación financiera difícil, aunque sin llegar a la cesación de pagos;
- y otros dos procedimientos ordinarios, el reglamento judicial y la liquidación de bienes a los que quedaban sujetos los comerciantes y todas las sociedades incursas en cesación de pagos.

Pero a pesar de las expectativas del legislador francés de 1.967 de intentar rescatar a las empresas relevantes y con posibilidad de recuperación, sus esperanzas se vieron frustradas.

Muchos de los procedimientos preventivos y especialmente el de la suspensión provisoria de las ejecuciones, que tenía el objetivo de proporcionar una solución antes de que se presente la insolvencia, fueron

empleadas cuando ya no quedaba alternativa. Muchos de estos casos terminaron en reglamento judicial o en liquidación de bienes.

El éxito esperado y deseado de la reforma de 1.967 no se produjo, y con la crisis petrolera acaecida a partir de 1.973 se vivió en el mundo occidental una crisis severa que castigó tanto a empresas francesas como a trabajadores. Esta situación vivida en Francia dio pie a una intervención creciente de los organismos públicos para el reestablecimiento de las empresas, generándose una cantidad importante de organismos oficiales, y con este panorama complicado se llega al momento en el que se sancionan dos leyes importantes, “Prevention et Règlement des entreprises dans difficulté” (84/148), y “Redressement et liquidation judiciaire des entreprises” (85/98), vigente desde el 1° de enero de 1.986 y que consagra el sistema a través de un plan de recuperación en el que se prevé también la posibilidad de una propuesta por un tercero, que puede ser formulada por cualquier interesado a partir de la apertura del procedimiento, y debe contener necesariamente: 1) Previsiones en orden a la actividad y a la financiación; 2) el precio o su forma de pago; 3) la fecha de transferencia; 4) perspectivas laborales en relación al ramo; 5) las garantías de cumplimiento (artículo 83). Las propuestas son vinculantes por el término de un mes (artículos 40 y 21).

Resulta de fundamental importancia a los efectos de determinar la adjudicación, la disposición contenida en el artículo 85, en virtud del cual el tribunal homologa entre las distintas ofertas, la que conceptúe más conveniente respecto de asegurar la consideración de los puestos de trabajos vinculados al conjunto cedido y el pago a los acreedores. Esta potestad judicial es absolutamente discrecional y establece claros parámetros en caso de intereses contrapuestos respecto de una oferta que, por ejemplo, fuere más ventajosa para la perdurabilidad de las relaciones laborales, pero que tuviere menores garantías. En la hipótesis de cesión en bloque de la empresa o de ramas autónomas corresponde la ejecución del plan homologado al administrador (artículo 87, párrafo 1°) quien además mantiene la gestión de la empresa pudiendo bajo su responsabilidad conferir

al *repreneur* la gestión a partir de la resolución de homologación (artículo 87, párrafo 2°).

Con esta legislación, se ajustaba el sistema procesal al objetivo de combinar el interés en el mantenimiento de las empresas socialmente útiles y viables, y la satisfacción de los derechos de los acreedores. Así la evaluación de las posibilidades de la empresa pasó a ser materia de expertos a los que se les reconoce la categoría de funcionarios. Entre tanto el deudor, bajo estricta vigilancia de un administrador judicial, sigue conduciendo su empresa. El tribunal judicial no se limita a terminar cuestiones jurídicas, ahora toma decisiones económicas y financieras, a través de sus colaboradores judiciales. Por supuesto que en este nuevo esquema, quienes han cedido atribuciones son los acreedores, y este ha sido uno de los puntos más discutidos durante los debates parlamentarios.

Por ello, las primeras reacciones derivadas de la aparición de las leyes de 1.985 llegaron rápidamente y llenas de duras críticas. No faltaron quienes extrañaran los procedimientos anteriores y reclamaron tomar medidas alternativas, como acordar un plazo de gracia al deudor, o hasta poder rehusar a pronunciarse. Se consideró entonces que el procedimiento judicial en Francia debería por lo tanto, evolucionar a formas que ayuden a la solución de los conflictos empresarios.

La reforma introducida por la Ley N° 94.475 de 10 de junio de 1.994 relativa a la Prevención y al Tratamiento de Dificultades de Empresas,⁴³⁰ modifica las leyes de 25 de enero de 1.985 y del 1 de marzo de 1.984.

Son varias las opiniones doctrinales respecto a la modificación:

- 1) La de aquellos que consideran que hay una ruptura fundamental con la soluciones anteriores, en lo que se refiere a la conservación de la empresa;
- 2) La de los que creen que esta evolución es nefasta y debe ser denunciada;
- 3) La de los que afirma que es una reforma superficial.

La reforma se fundamenta en cuatro ejes esenciales:

1) El reforzamiento de los medios de prevención, principalmente mediante una mayor atribución de funciones al Presidente del Tribunal de Comercio en cuanto a atender las informaciones respecto a la empresa a través de las partes involucradas.

2) La simplificación y racionalización del procedimiento, lo cual se expresa, entre otros aspectos en el hecho de que se puede pasar directamente de la fase de observación al procedimiento de liquidación judicial.

3) El reforzamiento de los derechos de los acreedores a través de la reforma del artículo 40 de la Ley de 1.985 y la posibilidad aumentada de exigir reivindicaciones por parte de los acreedores.

4) La moralización de los planes de recuperación de empresa, lo que significa fundamentalmente el acometimiento y la transparencia de los planes de cesión y continuación de la empresa.

Como una evaluación crítica a la última reforma Candelarío Macías⁴³¹ ha dicho que es una ley particularmente compleja, que no presenta una sistemática apropiada al efectuar continuas remisiones a otras normas (leyes de 1.984 y 1.985) provocando graves dificultades para su aplicación; no se reflejan de una manera coherente las finalidades perseguidas por el legislador puesto que por un lado se mantiene la filosofía de la conservación de la empresa, pero por otro lado se confieren mayores facultades y derecho a los acreedores y se introducen disposiciones que imposibilitan los objetivos citados. Introduce además, una finalidad muy ambiciosa: “la prevención”.

Legislación Española:

La legislación de este país se ocupa de la continuación para la quiebra de empresas de ferrocarriles y obras públicas.

⁴³⁰ Ley N° 94.475 J. O., 11 de junio de 1.994.

⁴³¹ CANDELARIO MACÍAS, María Isabel: “La Empresa en Crisis. Derecho Actual - Capítulo III: Referencia a los Institutos reorganizativos en la legislación de distintos países” – Ediciones Ciudad Argentina 1.998, p.138.

Las actividades comerciales se reanudan si existe un convenio con los acreedores; su principal objetivo es tratar de satisfacer todos los créditos debidos.

Establece el régimen de administración judicial de empresas embargadas, con conducción de una administración judicial. La nación española tiene un proyecto de reforma a la Ley de Concursos y Quiebras, que pone la atención y el énfasis en el cuidado de las empresas con relevancia social.

En el país se han dictado leyes de reconversión y reindustrialización. Propone la gestión controlada como posibilidad de salvar la empresa, con un plazo máximo de duración de tres (3) años.

Esta gestión controlada ocupa el lugar de la continuación empresarial.

Legislación Italiana:

Las normas sancionadas en Italia a partir de 1.865 y 1.881 no dejan lugar a dudas sobre el típico ajuste al método de mercado: la continuación del comercio del fallido es consentida y preordenada para responder a una función de tutela de los intereses de los acreedores. En una primera fase la fórmula literal de la norma hablaba de evitar un perjuicio a los acreedores, pero en una fase ulterior, la misma intención resultaba del hecho de que su admisión dependía únicamente de la voluntad de esos acreedores.

El sistema legal de Italia se modifica a partir de 1.942, con la sanción de una nueva ley.⁴³² Esta legislación busca preservar los derechos de sectores y personas ajenas a la relación que vincula deudor con acreedores. La sanción de la nueva legislación resuelve un problema pendiente de la legislación de fondo, cual es el punto referido a gastos iniciales del proceso de continuación cuando el proceso concursal carece de liquidez; en este caso el Estado adelanta los fondos líquidos necesarios. La nueva ley

⁴³² Real Decreto N° 267 sobre la Quiebra, el Convenio Preventivo, la Administración Controlada y la Liquidación Forzosa Administrativa de 1.942.

también instituyó la administración controlada del patrimonio-interés de las partes involucradas.

Se distinguen como los procedimientos dirigidos a posibilitar la continuidad de la empresa:

A) *L' amministrazione controllata*: Regulan este instituto los artículos 187 al 193,⁴³³ siendo presupuesto objetivo para su admisión la condición de dificultad provisional para cumplir las propias obligaciones y las posibilidades comprobadas de la salvación de la empresa.

La solicitud de administración controlada debe ser presentada por el deudor ante el Tribunal, y se delega en un juez para llevar a cabo el procedimiento. Ordenada la convocatoria de acreedores, éstos se reunirán en una Junta General a los efectos de aprobar la solicitud. Se nombra un comisario judicial. Se aprueba la propuesta cuando se consiga el voto favorable de la mayoría de los acreedores que representen la mayoría de los créditos. Logradas las mayorías se nombra un Comité de 3 a 5 acreedores que asisten al comisario judicial.

La conclusión o finalización de la administración controlada puede producirse por dos causas:

1) Que el deudor demuestre estar con capacidad y en disposición de satisfacer regularmente sus obligaciones, en cuyo caso podrá solicitar al Tribunal, la cesación del procedimiento, aún antes del término del plazo establecido de administración controlada.

2) Que al término de la administración controlada la empresa no está en condiciones de cumplir regularmente sus obligaciones, en este supuesto el juez delegado solicita al Tribunal la declaración de quiebra, quedando a salvo la posibilidad del deudor de proponer el convenio preventivo.

La administración controlada no ha encontrado acogida en la práctica italiana.

B) *L' amministrazione straordinaria*: La administración extraordinaria es un instituto que regula un dispositivo de salvaguardia de

grandes empresas en correspondencia con las líneas de política económica trabadas por el Gobierno, pero provoca grandes problemas interpretativos y aplicativos a causa de la antinomia existente entre las intervenciones especiales que supone la aplicación de este procedimiento frente a la legislación general.

Preceptúa la posibilidad de que el Tesoro Público garantice, (en todo o en parte) las deudas que las sociedades bajo administración controlada contraigan con entidades de crédito para la financiación de la gestión corriente y para la reactivación y el complemento de instalaciones, inmuebles y maquinarias industriales.

La terminación del procedimiento se produce en los siguientes supuestos:

1) Cuando se alcance a pagar las deudas con los acreedores o éstas se extingan de alguna manera y se abonen las retribuciones al comisario y las costas proceales.

2) Cuanto no pueda ser útilmente continuado el procedimiento por insuficiencia del activo.

El progetto de legge delegata: Podemos agregar respecto a la república italiana, que existen proyectos de reforma, que privilegian la tutela del interés general centrado en el objetivo de salvar la empresa. Estos proyectos de reforma datan de 1.970 y ponen marcado interés por aspectos procesales, más que en los aspectos sustanciales. En el proyecto se designan curadores que debían ser doctores en economía y comercial y en contabilidad; se le reconocía la condición de oficial público y se le otorgaban poderes bajo la vigilancia del juez delegado, con supervisión del tribunal.

Posteriormente en 1.980 es dado a publicidad otro proyecto de reformas. En uno de sus artículos proyectados se establece que "dispuesta la apertura de la quiebra, el tribunal puede disponer la continuación temporánea del ejercicio de la empresa del fallido, cuando de la interrupción pueda derivar un grave daño".

⁴³³ Modificados por ley N° 391 de 24 de julio de 1.978.

La doctrina italiana, al analizar este proyecto, ha manifestado que el mismo abandona la posición del legislador de 1.942, al prestigiar la tutela del interés general centrado en el salvataje de la empresa. Esta premisa que por su aspecto intrínseco sería casi indiscutible, aparece obstruida por el temor a graves inconvenientes del dirigismo administrativo cuando se gobiernan empresas en crisis.

También la Comisión Ministerial presidida por el profesor Pajardi ha intentado la modificación del sistema a través de varios proyectos de reforma. El Primero fue presentado el 2 de junio de 1.984, posteriormente se elaboró el Proyecto de 1.989 bajo la denominación de *Progetto di legge-delegata per la riforma della Legge Fallimentare*.

Respecto de dicho proyecto se ha dicho que corresponde “poner de manifiesto que esta última reforma, además de haberse quedado en eso, no innova de una manera trascendental por las finalidades que intenta alcanzar, a saber: 1) las claves de esta reforma vienen dadas por una serie de criterios que encontramos en el artículo 2 del proyecto; 2) tendencia a la conservación de la empresa complementaria con la tutela de los acreedores; 3) la posible revalorización de los valores pecuniarios de la empresa; 4) previsión de sanciones con la finalidad de reprimir las situaciones fraudulentas y potenciar una normativa penal específica.”⁴³⁴

Legislación Holandesa:

En el año 1.971 se amplió para los casos de dificultades empresariales, el régimen de inspección ya vigente en materia societaria, modificado a su vez por la ley de 1.976. En la Corte de Apelaciones de Amsterdam funciona una Cámara de Empresas de cinco miembros, de los cuales dos son especialistas en materia de contabilidad económica y de organización de las empresas).- Los tenedores minoristas de acciones y el personal en relación de dependencia (estos últimos a través de las

⁴³⁴ CANDELARIO MACÍAS, María Isabel: “La Empresa en Crisis. Derecho Actual - Capítulo III: Referencia a los Institutos ...” ob. cit., p.110.

organizaciones representativas), pueden solicitar ante dicha Cámara que se disponga una manera de control judicial llamada "inspección" en las S.A., en la cooperativas y en las S.R.L.; inspección que se ordena si existen razones fundadas para dudar de la prudencia con que se conduce la organización.

Si el investigador o inspector comprueba una mala administración, la Cámara podrá disponer medidas gravísimas como la suspensión o la anulación de una decisión de los dirigentes, de los comisarios o de la Asamblea de los accionistas; la suspensión o la revocación de uno o más directores o comisarios; la derogación temporaria de algunas disposiciones de los estatutos; o bien la disolución de la persona jurídica. Así, la mala administración es suficiente para que intervenga el Tribunal, a instancia de plurales interesados.

Legislación Inglesa:

La tradición jurídica inglesa ha sido la búsqueda de la cancelación de las deudas, pero el procedimiento lleva siempre a la liberación del deudor.

La legislación de este país tuvo una modificación importante en 1.986. En ella se establece un procedimiento de administración de empresas para corregir las dificultades económico-financieras, buscando la rehabilitación de las empresas con problemas pero con expectativas de recuperar la viabilidad. Ordena la designación de un administrador el que toma la posesión de los bienes, y asume las obligaciones, funciones y responsabilidades de la dirección del ente. La administración se encomienda a expertos en insolvencia con requerimiento de habilitación especial previa. Este experto evalúa las posibilidades de la empresa; es esencial el objetivo del salvataje de la empresa, con mentalidad social. Como novedad podemos destacar que los acreedores retienen la facultad de reunirse en junta y decidir sobre las propuestas que pudiese hacer el administrador, pudiendo llegar a sugerir modificaciones al plan.

Al igual que la ley francesa del año 1.985, la ley inglesa ha logrado colocar primero lo que es prioritario: la evaluación de las posibilidades empresariales, y también pasa a ser esencial el objetivo del salvataje.

Las principales características del actual derecho de quiebras inglés están constituidas por un lado en favorecer al quebrado, a través de la simplificación de los procedimientos como ser, el de acuerdo preventivo; y de otro lado, tolerar los intereses de los acreedores por la introducción de la figura del *Insolvency practitioner*, (profesional experto en materia concursal).

Cabe aclarar que existen procedimientos diferentes, distintos, uno aplicable a las personas físicas: “*bankruptcy*”; y otro a las personas jurídicas: “*winding up*”.

Los procedimientos dirigidos a solucionar la situación de insolvencia son cuatro:

- 1) El receivership administrativo;
- 2) La administración controlada;
- 3) La liquidación, y
- 4) Los acuerdos voluntarios entre los acreedores.

De los enunciados, la administración controlada es el principal procedimiento destinado a la continuidad de la empresa en situación de insolvencia. Consiste en el nombramiento por el Tribunal de un administrador con el objetivo de sanear la empresa, quien debe establecer una serie de propuestas dirigidas a posibilitar la continuación de la actividad empresarial con diferente gestión, y que se presentan tanto a los acreedores como a los miembros de la sociedad.

Puede solicitar su apertura la empresa deudora, cuente o no con el voto favorable de la asamblea de socios; también puede hacerlo un acreedor, sin importar si su crédito es exigible o no; o bien conjuntamente la empresa y uno o más acreedores.

La apertura del procedimiento tiene por efecto la prohibición de iniciar nuevas ejecuciones y la continuación de las acciones tendentes a obtener la restitución de bienes comprendidos en contratos de arrendamiento, o de

reserva de dominio o para ejecutar cargas o seguridades sobre bienes de la empresa.

El administrador está facultado para realizar todos los actos de administración de la empresa y de sus bienes, llevar a cabo todas aquellas operaciones necesarias para mantener la regular actividad de la empresa, debiendo ejecutar todas las decisiones que adopte el juez. También debe solicitar autorización judicial para la realización de determinados actos.

La proposición del plan de recuperación total o parcial de la empresa deberá ser presentada dentro de los tres meses contados a partir de la sentencia de apertura del procedimiento de administración, pudiendo ser de contenido muy amplio o variado tal como vender determinados bienes, que terceros asuman deudas de la empresa, aportar nuevos medios financieros, etc.

El plan propuesto por el administrador deberá ser notificado a los acreedores, a los socios de la empresa y una copia será enviada al Registro Mercantil. Para su aprobación se requiere el voto favorable del 75% del capital presente en la Junta o Asamblea. Los acreedores pueden designar una comisión de vigilancia de las tareas del administrador (*supervisory committee*).

El procedimiento de administración terminará cuando:

- a) El administrador comunique al juez que considera asegurada la recuperación de la empresa.
- b) A juicio del administrador no sea posible la recuperación de la empresa sometida a este procedimiento, y ello sea comunicado al juez interviniente.
- c) Los acreedores rechacen la propuesta formulada por el administrador.
- d) El administrador haga saber al juez que la realización de la empresa en este procedimiento no es más ventajosa que mediante el régimen normal de liquidación de empresas.

El procedimiento resulta en la práctica muy costoso, por lo que sólo se ha aplicado a las grandes empresas, por ello las propuestas de reformas

legislativas están dirigidas a lograr agilidad en los trámites y la posibilidad de acceso para las pequeñas empresas que en el actual sistema tienen sólo la posibilidad del “*voluntary arrangements*”.

II.- c) Los procedimientos judiciales en la legislación americana:

Uruguay, Brasil, Chile, Bolivia, Venezuela, Perú, Costa Rica, Colombia y EE.UU de Norteamérica.

Legislación uruguaya

Para el derecho uruguayo la continuación de la actividad de la empresa insolvente es prácticamente desconocida.

Existen reglas que permiten la gestión provisoria. También se han adoptado mecanismos legales de refinanciación de los pasivos empresarios.

Se advierte que en el Código de Comercio uruguayo no comprende en su regulación a todos los sujetos concursables, así el artículo 1523 incluye a los comerciantes y sociedades comerciales, con excepción de las sociedades anónimas.

En la ley uruguaya se enfatiza la participación de los acreedores comerciales registrados en libros que forman una categoría especial. En su presentación inicial el deudor clasifica a sus acreedores en dos categorías:

- a) Acreedores civiles y comerciales.
- b) Acreedores comerciales cuyos créditos provengan de operaciones comprendidas en el giro regular de sus negocios y estén asentadas en libros llevados en legal formas (artículos 1524, 1532 y 1536).

El procedimiento uruguayo se destaca por una mayor concentración procesal de la etapa informativa y en el acuerdo, que si bien resguarda la celeridad, parte de la doctrina considera que podría resultar inadecuado en el caso de concurso de una empresa de cierta envergadura.⁴³⁵

⁴³⁵ GILS CARBÓ, Alejandra y SALEM, Guillermo: Ponencia “Salvataje de empresas en crisis”. Sociedades y Concursos en el MERCOSUR”. Ed. Ad-Hoc Buenos Aires. Diciembre 1.996.

Existe reunión de acreedores participando en ella todos los acreedores insinuados hasta el día de la reunión inclusive, recibéndose pruebas y resolviéndose sobre los créditos observados. Se recogen los votos sobre la propuesta o propuestas la que debe incluir como mínimo el pago del cincuenta por ciento (50%) a los acreedores quirografarios, hipotecarios y prendarios, y puede acordarse una espera que no puede ser superior a los dieciocho (18) meses, siendo aprobada la propuesta que obtenga la mayoría de los acreedores que representen las tres cuartas (3/4) partes del pasivo total del deudor en cada una de las categorías.

El juez procederá a la homologación salvo que mediere impugnación de cualquier acreedor (artículo 1.541).

Vemos hasta aquí que la alternativa para evitar la quiebra es el logro u obtención del tradicional concordato preventivo o acuerdo de quita y espera. Sin embargo, se prevé una alternativa de salvataje ante el fracaso de la votación, accediendo el deudor a una oportunidad de obtener el consenso de sus acreedores mejorando la propuesta, solicitando una nueva convocatoria por edictos para que se vote en una reunión dentro de los diez (10) días. El juez hará lugar al pedido siempre que la propuesta no sea igual o notoriamente más gravosa que la anterior (artículo 1.542).

Se destaca en el Código uruguayo la severidad ante supuestos de inconducta del concursado, acreedores y terceros cómplices o encubridores, difiriendo así, con el sistema argentino que no posee normas represivas específicas.

Legislación paraguaya

La ley Nº 154 de Paraguay se encuentra en vigor desde el día 1º de abril de 1.970. No contiene figuras novedosas tendientes a favorecer el salvataje o reestructuración empresarial, sino que solo prevé como paso previo a la quiebra, como mecanismo para evitarla, el tradicional concordato, que se encuentra regulado en los capítulos V, VI, y VII de dicha ley.

De la celebración del concordato

El artículo 39 prescribe que el deudor deberá presentar su propuesta de concordato dentro del plazo fijado por el juzgado para la presentación de los créditos, en caso contrario, el juez renovará el auto que admitió la convocatoria y declarará la quiebra del deudor.

Podrá constituir concordato todo acuerdo, cualquiera sea su modalidad, siempre que no contravenga directa o indirectamente las prohibiciones expresas de la ley y no importen una liberación del deudor mediante la adjudicación de sus bienes a favor de sus acreedores. Las cláusulas del concordato deben ser comunes para todos los acreedores quirografarios, sobre la base de una perfecta igualdad.

El concordato podrá disponer una quinta hasta del cincuenta por ciento (50%), si el plazo acordado no fuere superior a dos (2) años. Si el plazo fuese superior a ese tiempo, la quita no podrá ser mayor del treinta por ciento (30%). El plazo nunca podrá ser superior a cuatro (4) años (artículo 46).

En el caso de deudores comerciantes que hubiesen llevado un giro regular durante veinte (20) años, sin haber solicitado convocatoria y sin haber sido declarado en quiebra, los acreedores podrán acordarles quitas hasta el setenta y cinco por ciento (75%), pero nunca por un plazo mayor de cuatro (4) años.

La junta de acreedores se reunirá en el día y a la hora señalados con cualquier número de acreedores presentes con asistencia de deudor (por sí o por mandatario), con los funcionarios del concurso y estará presidida por el juez. Si el deudor no compareciere personalmente o por mandatario con amplios poderes, el juez podrá tenerlo por desistido de la convocatoria y declarar su quiebra.

Las deliberaciones comenzarán con la lectura por el síndico de un informe sobre las causas de la insolvencia del deudor, las condiciones en que haya encontrado la contabilidad, si la hubiere, el estado del activo y pasivo, y la conducta patrimonial del mismo. Dará igualmente su opinión

sobre el concordato ofrecido por el deudor, que será sometido a discusión y los acreedores podrán proponer modificaciones. El deudor podrá formular nueva propuesta en vista del debate, o mantener la que hubiese presentado inicialmente. El juzgado pondrá de inmediato a votación las propuestas que correspondan si no resolviere suspender la reunión hasta otra audiencia la que deberá celebrarse dentro del tercer día, sirviendo la resolución del juzgado de suficiente citación.

Según lo establecido por el artículo 43, podrán votar el concordato solamente los acreedores quirografarios. Si en la votación participaren los acreedores privilegiados o con garantías reales, ello producirá la pérdida de sus privilegios o garantías. Podrán, sin embargo, renunciar a una parte del privilegio o garantía no inferior al veinticinco por ciento (25%) de sus créditos y votar por ese impuesto como quirografarios. En ningún caso podrán recuperar el privilegio o garantía perdido o renunciado. Cuando la garantía real, fianza o aval hubiese sido dada por un tercero, el acreedor podrá concurrir a la junta y votar por la totalidad de sus créditos, pero en tal caso, la remisión parcial de la deuda otorgada en el concordato, liberará al tercer garante hasta la concurrencia de la parte remitida. Si el tercero tiene derecho a repetir contra la concordatario el pago que haga, podrá concurrir a la junta y votar en ausencia y representación del acreedor principal.

No podrán votar el concordato el cónyuge ni sus cesionarios que hubiesen adquirido sus créditos dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de reunión de la junta, con excepción de los que provengan de endosos de documentos a la orden.

Para que el concordato se considere aceptado, se requiere que voten por su aceptación los dos tercios (2/3) de acreedores presentes que representen por lo menos el setenta y cinco por ciento (75%) de los créditos verificados o viceversa.

De la impugnación y homologación del concordato

Dentro del plazo de ocho (8) días de aprobarse el concordato cualquier acreedor que no hubiese concurrido a la reunión de la junta o que

hubiese disentido del voto de la mayoría y los titulares de créditos observados pendientes de trámite o resolución judicial podrán impugnar el concordato aceptado, fundándose en algunas de las causas siguientes:

1. Defectos en las formas esenciales prescriptas para la convocación, celebración y deliberación de la junta, error en el cómputo de las mayorías requeridas por la ley o defectos sustanciales en la celebración del concordato.
2. Falta de personalidad o falsa representación de alguno de los votantes siempre que su voto hubiera decidido la mayoría en acreedores o en capital.
3. Confabulación entre el deudor y uno o más acreedores.
4. Exageración de créditos para procurar mayoría, y
5. Exageración u ocultación de bienes.

Aún cuando ningún acreedor impugne el concordato, el juez podrá rechazarlo basado en las causales antes enunciadas o cuando a su criterio existan motivos de interés público o fundado en el interés de los acreedores de naturaleza y gravedad tales que impidan su homologación. Igualmente podrá hacerlo si comprobare que el deudor no ha llevado una conducta honesta y prudente en sus relaciones patrimoniales.

Observamos que el derecho paraguayo condiciona la aprobación del acuerdo a la evaluación de conducta efectuada por el juez. Así, una conducta imprudente y deshonesta por parte del deudor, no lo hacen merecedor de continuar operando en el mercado, aún cuando sus actuales acreedores accedan a concederle facilidades para la cancelación de sus compromisos. Nuevamente el interés social se antepone a la conveniencia económica de algunos acreedores y del deudor.

Si transcurrido el referido plazo de ocho (8) días no se hubiese impugnado el concordato, o si impugnado y sustanciado el procedimiento respectivo se hubiera rechazado la impugnación, el juez lo homologará.

Por el contrario, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 50, si los acreedores no aceptasen el concordato o el juez no lo homologase, se declarará la quiebra del deudor. El síndico de la convocación será el de la

quiebra.

De los efectos jurídicos del concordato

La homologación del concordato produce diversos efectos en el proceso:

- 1) Hace obligatorias sus cláusulas para todos los acreedores quirografarios cuyo títulos fuesen anteriores al auto que hubiese admitido la convocatoria, aun cuando no hubieran participado en el procedimiento o hubiesen votado en contra del concordato.
- 2) El concordatario se libera respecto a los codeudores, fiadores y aquellos que hayan tenido contra él una acción regresiva, en la misma forma y monto acordados por el concordato.
- 3) Los embargos u otras medidas de seguridad que los acreedores quirografarios hubiesen obtenido sobre los bienes del deudor antes de la admisión de la convocatoria, serán levantados por el juzgado.
- 4) Los créditos quedarán extinguidos en la parte por la cual se hubiese hecho remisión a favor del concordatario, salvo estipulación expresa en contrario.
- 5) La remisión acordada por el concordato al deudor no aprovechará en ningún caso los codeudores, y solamente extingue las acciones contra los terceros garantes en el caso previsto en el artículo 43, párrafo 2° de la ley.
- 6) En las sociedades que hubiesen obtenido un concordato y tuviesen socios de responsabilidad ilimitada, los acreedores solamente podrán ejercer su acción contra los bienes propios de éstos en el caso de que la sociedad no cumpliera el concordato.
- 7) Con la homologación del concordato cesan las limitaciones establecidas a los acreedores en el artículo 26. En el ejercicio de las acciones individuales, deberán respetarse las estipulaciones del concordato.
- 8) Los acreedores que no hiciesen valer oportunamente sus derechos no podrán reclamar de los otros acreedores en ningún caso, los dividendos que ya hubiesen percibido con arreglo al concordato. Solo podrán concurrir en los dividendos por repartirse, sin perjuicio de sus derechos de reclamar del

deudor el dividendo impago después de liquidado el concordato con respecto a los demás acreedores.

9) Una vez homologado el concordato y hasta su total cumplimiento, el deudor no podrá realizar actos ajenos a la naturaleza de su negocio o industria sin expresa autorización del síndico. Este se pronunciará sobre el pedido de concordatario dentro de los ocho (8) días y en caso de no hacerlo se considerará concedida la autorización. El síndico informará al juzgado de cualquier acto del concordato que él no hubiese autorizado y que estime perjudicial a los intereses de los acreedores o que hubiese sido realizado en fraude de los mismos, y en su caso, se tendrá por producida la insolvencia y el juez, previa audiencia del deudor concordatario, podrá declarar su quiebra.

10) De conformidad a lo establecido en el artículo 56, todo acto o convenio entre el deudor y uno o varios acreedores que modifiquen en alguna forma los términos del concordato respecto a cualquier acreedor o les acuerde privilegios o concesiones especiales, será nulo y de ningún efecto.

De la nulidad del concordato

En el artículo 61 de la ley de quiebras del Paraguay se establece que si dentro del año de homologado el concordato, se descubriere dolo o fraude por parte del deudor que consistiera en ocultación del activo o exageración del pasivo, cualquier acreedor quirografario podrá pedir la nulidad del concordato en lo que se refiera a las ventajas que el deudor concordatario hubiere recibido.

Los actos ejecutados de buena fe con arreglo al concordato quedarán firmes con respecto a los acreedores de buena fe, en virtud que la anulación del concordato solo perjudicará al deudor y a los acreedores favorecidos por el dolo o fraude.

Probada la causa de nulidad, el juez la declarará y dictará la quiebra del deudor.

De la rescisión del concordato:

Cualquier acreedor quirografario podrá pedir al juzgado al rescisión

del concordato, previa interpelación al deudor, si por culpa imputable al deudor o a los fiadores del concordato no se cumplieren las estipulaciones del mismo. La rescisión deberá ir acompañada de la declaración de quiebra del deudor (artículo 62).

Calificación de la conducta:

La conducta que demostrara el deudor no resulta irrelevante en el régimen paraguayo, sino todo lo contrario. Tanto así, que le dedica el capítulo VII denominado “De la calificación de la conducta patrimonial del deudor fallido”.

El artículo 160 dispone que cuando del informe del síndico resultase que el deudor incurrió en actos de conducta dolosa, el juez de oficio o a pedido de cualquier acreedor, promoverá el procedimiento de calificación de la conducta patrimonial del deudor fallido, que será iniciado en un plazo no mayor de veinte (20) días después de haberse terminado la verificación de créditos, o de dictado el auto de quiebra en el caso que éste hubiese sido precedido por un procedimiento preventivo. El incidente respectivo se tramitará por separado. Asimismo, si la quiebra fuere declarada como consecuencia de haberse producido la nulidad del concordato el juez, de oficio y sin otro trámite, calificará la conducta del deudor como dolosa.

Cuando el juez califique la conducta del deudor como dolosa o culposa, le comunicará el hecho al juez en lo criminal, acompañando copias de las actuaciones pertinentes (artículo 163). Si antes de que el juez de la quiebra haya calificado la conducta patrimonial del deudor, se iniciare ante la justicia penal un procedimiento sobre quiebra fraudulenta o culpable contra el deudor comerciante, por el delito que corresponda contra el deudor no comerciante, ello no obstará al procedimiento de calificación, y en tal caso, el juez del concurso la hará sin otros efectos que los propiamente civiles o comerciales.

Recaída en la justicia penal sentencia condenatoria contra el fallido pasada en autoridad de cosa juzgada, el juez de la quiebra estará a lo que resulte de dicho fallo para calificar la conducta patrimonial del deudor.

Legislación Brasileña

Cuando la devaluación del real llegó en enero de 1.999, quienes se habían endeudado en dólares -con prestadores nacionales o extranjeros- no debieron temer la toma de la empresa por parte del acreedor, en virtud que en Brasil el "*cramdown*" fue incorporado en la recientemente sancionada Ley N° 11.101 del 9 de febrero de 2.005, y por otra parte, dicha figura es facultativa.

La Ley N° 11.101, que recorrió un largo camino durante más de diez años desde que el Proyecto de ley N° 4376-B/1993 fue presentado en 1.993 siendo objeto de múltiples modificaciones, y vino a sustituir al decreto ley 7.661 de 1.945, siendo su principal innovación, la inclusión de regímenes de recuperación judicial y extrajudicial a fin de estimular la rehabilitación empresarial y evitar la liquidación automática de toda compañía que atraviesa por dificultades momentáneas.

En este sentido la doctrina brasileña ha expresado que "A nova Lei de Falências abrirá a possibilidade de reestruturação às empresas economicamente viáveis que passem por dificuldades momentâneas, mantendo os empregos e os pagamentos aos credores."⁴³⁶

En razón que esta legislación comprende exclusivamente a los empresarios y a las empresas o sociedades empresarias, los no comerciantes no caen bajo su ámbito de aplicación personal, es decir no podrán recurrir al nuevo procedimiento de salvataje.

También podemos observar que se encuentran excluidas de la legislación concursal brasileña la empresa pública y las sociedades mixtas, las instituciones financieras públicas y privadas, las cooperativas de crédito, los consorcios, las AFJP, las sociedades operadoras de sistemas de salud, las aseguradoras, las sociedades de capitalización y otras entidades equiparables por ley a las mencionadas de conformidad a lo establecido en el artículo 2.

⁴³⁶ DE OLIVEIRA, Celso: "Principias mudanzas na legislação falimentar" Revista Electrónica de Derecho Comercial. www.derecho-comercial.com. enero de 2.006. p.1

Se destacan en la nueva ley falimentaria la prioridad del mantenimiento de la empresa y de sus recursos productivos. Al regular las figuras de la “recuperação judicial e extrajudicial” la nueva ley aumenta la flexibilidad en los procesos de recuperación de empresas mediante la creación de alternativas para enfrentar las dificultades económicas y financieras de la empresa deudora.

Por ser el salvataje un procedimiento voluntario, es el propio endeudado el que decide si permitirá la continuación de la explotación de la compañía por parte del acreedor.

El procedimiento de recuperación judicial es precedido de una tentativa de negociación informal entre deudor y acreedores por medio de una propuesta de recuperación efectuada por el deudor en una asamblea de acreedores, lo que la ley define como “negociação extrajudicial”.

La creación de la Asamblea General de Acreedores es una importante novedad de la ley que la doctrina considera, coloca a Brasil en el plano internacional.

Así, De Oliveira sostiene que “Uma vez que a experiencia de outros paíesses relativa à aprovação de um plano de recuperação recomenda que essa decisao seja de uma assembléia de creares –os clientes, os credores de créditos trabalhistas, os fornecedores, os bancos.”⁴³⁷

El comité de acreedores será constituido por deliberación de las clases de acreedores en una asamblea general y será compuesto por un (1) representante de los acreedores laborales, un (1) representante de la clase de acreedores con derechos reales de garantía o privilegios especiales y por un (1) representante de los acreedores quirografarios y con privilegios generales.

Notamos en este punto una importante, sustancial distinción con la ley de quiebras argentina que no prevé una representación equitativa de los

⁴³⁷ DE OLIVEIRA, Celso: “Principias mudanzas ...” ob. cit., p.5

diferentes tipos de créditos existentes en el proceso en la composición del comité de acreedores.

En lo que a mecanismos de recuperación o saneamiento de empresas se trata, podemos destacar en la nueva ley de quiebras brasileña las siguientes características:

- El administrador judicial en la recuperación o en la quiebra será un profesional idóneo, preferentemente abogado, economista, administrador de empresas, o contador.
- En la recuperación judicial (como en la quiebra), el comité de acreedores deberá fiscalizar las actividades y examinar la cuentas del administrador, comunicar al juez en caso de violación de los derechos o perjuicios a los intereses de los acreedores, emitir opinión sobre reclamaciones, requerir al juez la convocación de la asamblea general de acreedores.
- La asamblea de acreedores deberá deliberar y aprobar: el salvataje (recuperação judicial), el plan de recuperación judicial presentado por el deudor, y su modificación, decide la constitución del “Comitê de Credores”, la exclusión de sus miembros y su sustitución, la designación de un gestor judicial en caso de apartamiento del deudor. Es decir que la asamblea general de acreedores, delibera y decide sobre cualquier materia que pueda afectar a los acreedores. También en la quiebra decide sobre la constitución del Comité de Acreedores, la exclusión y sustitución de sus miembros y las modalidades de realización del activo.
- Se faculta a los sindicatos de trabajadores a representar en la Asamblea a sus asociados titulares de créditos derivados de la legislación laboral o derechos de accidente de trabajo.

Recuperação judicial:

Como vemos una de las novedades más importantes de la nueva ley de quiebras brasileña es el “instituto da recuperação judicial” que tiene por objetivo viabilizar la superación de la situación de crisis económico-financiera del deudor a fin de permitir el mantenimiento de la fuente productora, del empleo de los trabajadores y los intereses de los acreedores, promoviendo

la preservación de la empresa, su función social y el estímulo de la actividad económica.

Están sometidos en el proceso de recuperación todos los créditos existentes a la fecha de la solicitud. Los acreedores del deudor en recuperación judicial conservan sus derechos y privilegios contra los co-obligados y fiadores.

Se encuentran previstos los siguientes medios de recuperación judicial:

- 1) Concesión de plazos y condiciones especiales para el pago de las obligaciones vencidas o a vencer,
- 2) Alteración del control societario,
- 3) Cesión, incorporación, fusión o transformación de la sociedad, constitución de subsidiaria, cesión de cuotas o acciones,
- 4) Sustitución total o parcial de los administradores del deudor o modificación de sus órganos administrativos,
- 5) Concesión a los acreedores de derecho de elección en la separación de los administradores y poder de veto,
- 6) Aumento del capital social,
- 7) Emisión de valores mobiliarios,
- 8) Traspaso o arrendamiento del establecimiento, incluso a una sociedad constituida por los propios empleados,
- 9) Reducción salarial, compensación de horarios y reducción de la jornada mediante acuerdo o convención colectiva,
- 10) Constitución de sociedades de acreedores,
- 11) Venta parcial de los bienes,
- 12) Usufructo de la empresa,
- 13) Administración compartida,
- 14) Constitución de una sociedad con el propósito específico de adjudicar los activos del deudor y pagar los créditos.

El deudor no puede desistir del pedido de recuperación judicial una vez iniciado su proceso, salvo que obtuviese la aprobación en Asamblea General de Acreedores.

Plan de Recuperación:

El deudor debe presentar un plan de recuperación judicial al juez, que recibirá objeciones e impugnaciones de los acreedores por un plazo de sesenta (60) días. El plan deberá contener la discriminación pormenorizada de los medios de recuperación a ser empleados, la demostración de su viabilidad económica, y un dictamen económico-financiero con la valuación de los bienes y activos del deudor suscripto por un profesional legalmente habilitado o empresa especializada.

El plan de recuperación judicial no se aplica a los créditos tributarios, a los derivados de la legislación del trabajo, de accidentes de trabajo y a los acreedores propietarios fiduciarios de bienes muebles e inmuebles, entre otros casos.

El plan de recuperación de la mediana y pequeña empresa comprenderá solo los créditos quirografarios que podrán ser pagados hasta en treinta y seis (36) meses, debiendo efectuarse el primer pago en un plazo máximo de ciento ochenta (180) días, contados desde el pedido de recuperación judicial.

Un dato importante para destacar es que el pedido de recuperación judicial con en el plan especial de recuperación, no implica la suspensión de la prescripción de las acciones y ejecuciones de los créditos no comprendidos en el plan.

El deudor estará sujeto a recuperación judicial hasta que se cumplan todas las obligaciones establecidas, previstas en el plan que vencieran a los dos (2) años.

En el proceso de recuperación, se decretará la quiebra cuando:

- 1) Fuera decidido por la Asamblea General de Acreedores.
- 2) No hubiera presentado el plan de recuperación.
- 3) Incumpla cualquiera de las obligaciones asumidas en el plan.

Recuperación extrajudicial

Debemos tener presente que la ley también autoriza, faculta al deudor que reúna los requisitos para pedir recuperación judicial, realizar la recuperación extrajudicial, que deberá ser negociada con los acreedores y homologada judicialmente, y a la que nos hemos referido en el título correspondiente.

Finalmente recordaremos que, como es lógico de suponer, no pueden solicitar recuperación judicial o extrajudicial quienes por ley no puedan solicitar concurso.

Administración controlada

Otra posibilidad para permitir el saneamiento de la empresa es recurrir a la administración controlada.

Si se dispone la administración de la empresa quebrada, la misma es ejercida por el síndico, bajo supervisión del juez, no obstante, ello es facultativo, y en la práctica suele hacerse, que se nombre un administrador, persona distinta del síndico.

Para la ley N° 11.101, en cualquier hipótesis de intervención del administrador, recuperación judicial o extrajudicial, el pago total al administrador no podrá exceder del cinco por ciento (5%) del valor debido a los acreedores sometidos a recuperación judicial o del valor de la venta de los bienes en el caso de quiebra. De dicho importe, será reservado el cuarenta por ciento (40%) para ser pagado con posterioridad a la rendición de cuentas.

Legislación chilena:

La ley N° 18.175⁴³⁸ de Chile prevé como medio para evitar la declaración de quiebras la celebración de convenios, tanto judiciales como extrajudiciales, regulados en los artículos 169 al 217 del Título XII.

⁴³⁸ La Ley N° 18.175 que modifica la ley de quiebras y fija su nuevo texto fue publicada en el Diario Oficial el 28 de octubre de 1.982.

Ya hemos analizado lo relativo a las pocas disposiciones que la ley chilena le dedica al acuerdo extrajudicial.

El convenio judicial en cambio, ha merecido un mayor tratamiento por el legislador chileno y se encuentra regulado desde el artículo 173 hasta el artículo 217, distinguiendo además dos clases de convenio judicial: el preventivo (se propone con anterioridad a la declaración de quiebra) o el simplemente judicial (se propone durante el estado de quiebra).

Tanto uno como el otro deberá ser discutido y aprobado en junta de acreedores, y las propuestas que fueren aceptadas de otro modo no tendrán valor alguno, salvo lo dispuesto para el convenio extrajudicial.

El fallido o cualquiera de los acreedores podrán hacer propuestas de convenio en cualquier estado de la quiebra; pero para que se pueda entrar a deliberar sobre ellas, es necesario que concurran los siguientes requisitos:

- 1) Que el síndico ya haya presentado la nómina de los créditos reconocidos, y
- 2) Que el fallido no esté imputado, reo o condenado por quiebra fraudulenta o por otro delito que pueda darle ese carácter, o por alguno de los delitos previstos en el artículo 466 del Código Penal chileno.

La ley de Chile condiciona la posibilidad del deudor para efectuar propuestas de acuerdo a la evaluación de su conducta. En este sentido se establece en el artículo 175 que “El deudor podrá también hacer proposiciones de convenio antes de la declaración de quiebra, siempre que no esté declarado reo o condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 466 del Código Penal, a no ser que haya cumplido la pena...”.

Una vez presentadas las propuestas o proposiciones de convenio y la nómina de los créditos reconocidos, la junta de acreedores las conocerá y se pronunciará sobre ellas a más tardar en su próxima reunión.

Las proposiciones del convenio judicial preventivo se presentarán ante el tribunal que sería competente para declarar la quiebra del deudor, acompañadas con todos los antecedentes. El tribunal dispondrá:

- 1) Que el deudor quede sujeto a la intervención de un síndico de los que formen parte de la nómina nacional. Al efecto, el juez designará un síndico titular y uno suplente.
- 2) Que el síndico informe al tribunal sobre las proposiciones de convenio dentro del plazo de treinta (30) días.
- 3) Que todos los acreedores residentes en el territorio de la República se presenten, dentro de treinta (30) días, con los documentos justificativos de sus créditos, bajo apercibimiento de proseguirse la tramitación sin volver a citar a ningún ausente; y que se notifique a los acreedores que se hallen fuera de la República, ordenándoles que en el término de emplazamiento, comparezcan con los documentos justificativos de sus créditos, bajo el mismo apercibimiento.
- 4) Que los acreedores concurren a una junta, que no podrá tener lugar antes de vencer los cuarenta (40) días siguientes, para deliberar sobre las proposiciones de convenio, y
- 5) Que se notifique esta resolución al síndico (titular y suplente) y a los acreedores, en igual forma que la declaración de quiebra.

En caso de aprobarse el convenio judicial preventivo, el síndico aceptará la designación y asumirá el cargo de interventor. Tendrá una remuneración que le acuerde la junta de acreedores o el juez en subsidio. El síndico está obligado a presentar una cuenta completa y detallada de su gestión a la junta de acreedores dentro de los quince (15) días de finalizada su intervención. La junta dispondrá de un plazo de treinta (30) días para pronunciarse sobre ella.

Cabe resaltar que la tramitación de las proposiciones de cualquier convenio no obstaculiza el ejercicio de ninguna de las acciones que procedan en contra del deudor, no suspende los procedimientos de la quiebra o juicios pendientes, ni obsta a la realización de los bienes. Sin embargo, si el convenio simplemente judicial se presentare apoyado por al menos el cincuenta y un por ciento (51%) del total del pasivo de la quiebra, el síndico sólo podrá enajenar los bienes expuestos a un próximo deterioro o

a una desvalorización inminente o los que exijan una conservación dispendiosa.

A su turno, si la propuesta de convenio judicial preventivo se hubiere presentado con el apoyo de la mayoría de los acreedores que representen al menos el cincuenta y un por ciento (51%) del total del pasivo, sin excluir, para los efectos de este cálculo a ninguna clase de acreedores, el deudor no podrá ser declarado en quiebra ni podrá procederse a la realización de sus bienes durante los noventa (90) días siguientes a la notificación por aviso de la resolución en que el tribunal cite a los acreedores a junta para deliberar sobre dicha proposición. En su caso, los acreedores privilegiados e hipotecarios no perderán sus preferencias, pero no podrán realizar los bienes del deudor durante el plazo de suspensión antes señalado, todo lo cual se entiende sin perjuicio de las medidas conservativas que se puedan impetrar.

Esta limitación no se aplicará a la realización de bienes que correspondiere efectuar en el procedimiento de ejecución forzada de obligaciones laborales que gocen de privilegio de primera clase, excepto las que el deudor tuviere, en tal carácter, a favor del cónyuge y parientes o de los gerentes, administradores apoderados y otras personas que hayan tenido o tengan injerencia en la administración de sus negocios. Para estos efectos se entenderá por parientes a los ascendientes y descendientes legítimos y naturales, y a los colaterales por consanguinidad o afinidad legítima hasta el cuarto grado, inclusive.

Durante este período (90 días) el deudor no podrá gravar ni enajenar sus bienes, salvo aquellos expuestos a un próximo deterioro, o a una desvalorización inminente, o los que exijan una conservación dispendiosa o sean estrictamente indispensables para el normal desenvolvimiento de su actividad. En todo caso, el deudor deberá contar con la autorización previa del interventor para la ejecución de dichos actos.

Si en el plazo improrrogable establecido de noventa (90) días no se acordare el convenio, el juez declarará de oficio la quiebra del deudor.

Las proposiciones del convenio, ya sea preventivo o simplemente judicial pueden versar sobre:

- La remisión de parte de las deudas; o
- La ampliación de plazos;
- Sobre ambas cosas a la vez;
- Sobre el abandono total o parcial de activos;
- Sobre la continuación de la actividad del deudor; o
- La enajenación de sus bienes como unidad económica, en los términos que se estipulen en el convenio; o
- Sobre cualquier otro objeto lícito.

El convenio será uno mismo para todos los acreedores, a no ser que medie acuerdo unánime en contrario.

Respecto a la aprobación del convenio corresponde destacar que sólo los acreedores cuyos créditos estuvieren reconocidos tendrán derecho a votar en el convenio. Sin embargo, los acreedores titulares de créditos impugnados – sea por el deudor o por otros acreedores - podrán ser admitidos a votar por la suma que, para este solo efecto, señale el tribunal, que oirá en la misma audiencia al síndico, al fallido y demás acreedores.

En el convenio judicial preventivo sólo tendrán derecho a voto los acreedores que aparezcan en una nómina que el síndico presentará, para este efecto, con diez (10) días de anticipación a la fecha fijada para la celebración de la junta.

Dicha nómina se agregará a los autos y se notificará a los acreedores. En casos calificados, podrá ser ampliada por el síndico con las mismas formalidades. En el acta que de lo obrado deberá levantarse, se mencionará a los acreedores que hubieren votado a favor y a los que hubieren votado en contra del convenio, con expresión de los créditos que representaren.

Podrá asimismo estipularse, tanto en el mismo convenio como en instrumentos separados, la constitución de garantías para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del deudor.

El convenio se considerará aceptado cuando cuente con el consentimiento del fallido y reúna en su favor los votos de dos tercios (2/3) o más de los acreedores concurrentes que representen las tres cuartas (3/4) partes del total pasivo con derecho a voto, excluidos los acreedores privilegiados, hipotecarios, prendarios y los que gocen del derecho de retención, siempre que dichos acreedores no hayan tomado parte en el convenio. También se encuentran excluidos el cónyuge, los ascendientes y descendientes legítimos y naturales y los hermanos legítimos del fallido y los socios o accionistas y los administradores de sociedades del fallido.

Los acreedores privilegiados, hipotecarios, prendarios, anticréticos y los que gocen del derecho de retención podrán asistir a la junta y discutir las proposiciones de convenio. Podrán asimismo votar si renuncian a los privilegios o preferencias de sus respectivos créditos, entendiéndose que por el mero hecho de votar implica que han renunciado. Por otra parte podrán renunciar a sus privilegios o garantía hasta una determinada cantidad, y en ese caso podrán votar como acreedores comunes y conservarán su garantía o privilegio por la suma restante. En caso de renuncia total o parcial del privilegio o garantía, serán incluidos en el pasivo para los efectos del cómputo hasta la suma que hubiere alcanzado la renuncia.

El cónyuge y los parientes indicados en el artículo 180 podrán votar en la junta sólo para oponerse al convenio, y en tal caso sus créditos se incluirán en el pasivo y para los efectos del cómputo a que dicho artículo se refiere.

Los acreedores residentes en el extranjero, incluidos en la nómina del deudor o en la del síndico y que no hayan comparecido aún, se tendrán por opuestos al convenio.

La no comparecencia del deudor a la junta en que debe deliberarse sobre las proposiciones del convenio, hará presumir el abandono o el rechazo del convenio, salvo causa justificada.

Acordado el convenio, éste será notificado por medio de aviso a los acreedores que no hubieren concurrido a la junta.

La impugnación:

Podrá impugnarse el convenio dentro del plazo de ocho (8) días, siendo rechazadas de plano las impugnaciones que se presenten fuera de término.

El convenio podrá ser impugnado por cualquier acreedor que no haya concurrido a la junta o que haya concurrido a la junta o que haya disentido del voto de la mayoría, si alegare alguna de las causas siguientes:

- 1) Incapacidad legal del deudor para proponerlo;
- 2) Defectos en las formas establecidas para la convocatoria y celebración de la junta o error en el cómputo de las mayorías requeridas por la ley;
- 3) Falsedad o exageración del crédito o incapacidad para votar de alguno de los que hayan concurrido con su voto a formar la mayoría, si excluido este acreedor, hubiere de desaparecer tal mayoría;
- 4) Inteligencia fraudulenta entre uno o más acreedores y el deudor para votar a favor del convenio o para abstenerse de concurrir, y
- 5) Error u omisión sustancial en las listas de bienes o de acreedores.

Podrán también impugnar el convenio los codeudores y fiadores del fallido cuando los respectivos acreedores no hubieren votado a favor de él.

Las impugnaciones al convenio se tramitarán como un solo incidente entre el deudor y el acreedor o acreedores que las hayan formulado, o el fiador o codeudor en el caso de existir defectos de forma en la convocatoria y celebración de la junta o error en el cómputo de las mayorías requeridas por la ley. Si el convenio hubiere sido propuesto por un acreedor, éste será también parte en el incidente de oposición. La resolución que recaiga en el incidente se notificará a las partes por aviso.

Si no se dedujeren impugnaciones al convenio dentro del plazo señalado, se tendrá por aprobado y el tribunal lo declarará así de oficio o a petición de cualquier interesado.

El convenio entrará a regir desde que quede ejecutoriada la resolución que deseche la impugnación o la resolución que lo declare aprobado.

Efectos del Convenio:

a) Aplicación: El convenio obliga al deudor y a todos los acreedores, hayan o no concurrido a la junta, excepto los enumerados en el artículo 180⁴³⁹, en cuanto se hubieren abstenido de votar.

b) Cesación el estado de quiebra: Aprobado el convenio, cesará el estado de quiebra y se le devolverán al deudor sus bienes y documentos, sin perjuicio de las restricciones establecidas en el convenio mismo. Sin embargo, si para el procedimiento de calificación fueren necesarios los libros del fallido, quedarán éstos en poder del tribunal encargado de ella.

No obstante la aprobación del convenio, el fallido quedará sujeto a todas las inhabilidades que produce la quiebra mientras no obtenga su rehabilitación con arreglo a las prescripciones de la ley.

c) Cancelación de las inscripciones: Se cancelarán también las inscripciones de la declaración de quiebra que se hubieren practicado en la oficina del Conservador de Bienes Raíces. El síndico presentará su rendición de cuenta.

d) Fiadores y codeudores: La remisión hecha al deudor en el convenio aprobado extingue también las obligaciones de sus codeudores o fiadores, sean solidarios o subsidiarios, hasta la concurrencia de la cuota remitida, cuando el acreedor respectivo hubiere votado a favor del convenio.

Los acreedores de una sociedad colectiva o en comandita que se encuentre en quiebra podrán celebrar convenio con uno o más de los socios solidarios, si se unen con los acreedores directos de éstos. Este convenio desliga de la solidaridad al socio que lo obtiene y extingue la deuda social respecto de los demás socios hasta la concurrencia de la cuota que dicho socio debiera pagar. El activo social quedará sujeto al régimen de la

⁴³⁹ Artículo 180: El convenio se considerará aceptado cuando cuente con el consentimiento del fallido que reúna en su favor los votos de dos tercios o más de los acreedores concurrentes que representes las tres cuartas partes del total pasivo con derecho a voto. Excluidos los acreedores privilegiados, hipotecarios, prendarios y los que gocen del derecho de retención, siempre que dichos acreedores no hayan tomado parte en el convenio; el cónyuge los ascendientes y descendientes legítimos y naturales y los hermanos legítimos del fallido y los socios o accionistas y los administradores de sociedades del fallido.

liquidación de la quiebra, y los bienes privativos del socio con quien se hubiere celebrado el convenio serán aplicados al cumplimiento de éste.

e) Calificación de la conducta: La aprobación del convenio no impide que se continúe el procedimiento de calificación de la quiebra.

f) Créditos no comprendidos en el acuerdo: Aprobado el convenio, se devolverán al tribunal de su origen, para que continúe conociendo de ellos, los procesos ordinarios o ejecutivos agregados al juicio de quiebra y que no hubieren terminado con el convenio, siempre que lo exija, antes de cualquiera otra gestión, alguna de las personas que fueren partes en dichos procesos. En caso contrario, continuará conociendo de ellos el tribunal que hubiere entendido en la quiebra.

Los acreedores que no hubieren comparecido a verificar oportunamente sus créditos, sólo podrán exigir que se cumpla el convenio a su favor, mientras no hubieren prescrito las acciones que del convenio resulten. En este caso, cada solicitud de verificación se tramitará sólo con el deudor y los acreedores ante el tribunal que conoció de la quiebra y se notificará en la forma que prescribe el Código de Procedimiento Civil para la primera notificación judicial.

El Interventor:

La actuación del interventor está regulada en la Sección cuarta del Título XII de la Ley de Quiebras de Chile que dispone que el deudor quedará sujeto a intervención hasta que haya cumplido el convenio, salvo que en éste se estipule lo contrario. Actuará como interventor el síndico titular en el convenio simplemente judicial y el síndico designado por el tribunal en el convenio judicial preventivo.

Las funciones del interventor serán las siguientes a menos que se acuerde otra cosa:

- 1) Imponerse de los libros, papeles y operaciones del deudor;
- 2) Llevar cuenta de las entradas y gastos de los negocios del deudor;
- 3) Visar, en su caso, los pagos prometidos a los acreedores;

- 4) Cuidar que el deudor no retire para sus gastos personales y los de su familia otras sumas que las proporcionadas al rango social del deudor o las autorizadas en el convenio;
- 5) Rendir trimestralmente la cuenta de su actuación y la de los negocios del deudor, y presentar las observaciones que le merezca la administración de este último. Esta cuenta será enviada por correo a cada uno de los acreedores;
- 6) Pedir al tribunal que deba conocer o que haya conocido de la quiebra que cite a junta de acreedores, siempre que lo crea conveniente o cuando se lo pida alguno de ellos para tratar asuntos de interés común, y
- 7) Representar judicial y extrajudicialmente a los acreedores para llevar a efecto los acuerdos que tomen en forma legal.

El interventor podrá siempre impetrar las medidas precautorias que sean necesarias para resguardar los intereses de los acreedores, sin perjuicio de los acuerdos que éstos puedan adoptar.

Si el deudor hubiere agravado el mal estado de sus negocios en forma que haga temer un perjuicio para los acreedores, podrá ser sometido a una intervención más estricta que la pactada o resolverse el convenio, a solicitud de acreedores que representen la mayoría absoluta del pasivo del convenio. De estas acciones conocerá el tribunal ante el cual se tramitó el convenio.

Rechazo del convenio:

Rechazadas las proposiciones del convenio por no haber obtenido la mayoría necesaria para su aprobación, podrá el deudor, reiterarlas, por una sola vez, si las presentare apoyadas por la mayoría absoluta de los acreedores hábiles para votar sobre ellas.

Desechado el convenio por defectos en las forma establecidas para la convocación y celebración de la junta o error en el cómputo de las mayorías, o error u omisión sustancial en las listas de bienes o de acreedores; o por incapacidad para votar en él de alguno de los acreedores

que hubieren concurrido a celebrarlo, podrá proponerse de nuevo, una vez subsanada la falta.

El rechazo del convenio judicial preventivo en cualquiera de los otros casos, acarreará necesariamente, la quiebra del deudor y el tribunal la declarará de oficio.

Nulidad y Resolución del Convenio:

No se admitirán otras acciones de nulidad del convenio que las fundadas en la condenación sobreviniente del fallido por quiebra fraudulenta, o por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 466 del Código Penal chileno, perpetrado con anterioridad al convenio, o en la ocultación o exageración del activo o del pasivo, descubiertas después de la resolución aprobatoria. La anulación del convenio inhabilita al fallido para celebrar otro nuevo, y extingue de derecho las fianzas que lo garantizan.

La demanda de nulidad por quiebra fraudulenta o por condena del deudor, en conformidad al artículo 466 del Código Penal chileno, se resolverá con la simple exhibición de la respectiva sentencia y citación del fallido o de su representante.

Las acciones de nulidad del convenio prescribirán en seis (6) meses cuando se funden en la condenación del fallido por quiebra fraudulenta o por alguno de los delitos del artículo 466 del Código Penal; y en dos (2) años si es falso o incompleto el balance o el inventario que le sirvió de antecedente, que se han supuesto deudas en el pasivo o que se ocultaron bienes en el activo.

El convenio podrá resolverse por inobservancia de sus estipulaciones, a solicitud de cualquiera de los acreedores. Podrá también resolverse en caso en que el deudor hubiere agravado el mal estado de sus negocios en forma que haga temer un perjuicio para los acreedores.

La resolución del convenio no exonera a los fiadores que han asegurado su ejecución total o parcial. Los fiadores serán oídos en el juicio de resolución y podrán impedir la continuación de éste, pagando los dividendos prometidos dentro de tres (3) días contando desde la citación.

Las acciones de resolución del convenio prescribirán en seis (6) meses contados desde que hayan podido entablarse.

En la misma sentencia en que se pronuncie la nulidad o resolución del convenio se declarará la quiebra o se la declarará reabierta, según corresponda, y se seguirán los procedimientos de ésta, en conformidad a las reglas generales.

La reapertura del estado de quiebra reintegra a los acreedores anteriores en todos sus derechos respecto del fallido. Los acreedores antiguos concurrirán con los nuevos en las distribuciones del activo de la quiebra por el monto íntegro de sus créditos, siempre que no hubieren recibido parte alguna de la estipulada en el convenio; en el caso contrario, sólo podrán concurrir con los nuevos acreedores por la parte del capital de sus primitivos créditos que corresponda a la porción no pagada de la suma convenida.

Podemos advertir entonces en este punto que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho argentino, no existe en Chile novación de las deudas incluidas en el acuerdo.

Bolivia

En virtud a la crisis empresarial que afectó este país especialmente a comienzos de siglo, el gobierno decidió en el año 2.003 lanzar un programa transitorio de salvataje de empresas que durará dos (2) años, e implica el desembolso de 50 millones de dólares de la Corporación Andina de Fomento y la gestión de otros 200 millones de dólares ante el Banco Mundial destinados tanto al fortalecimiento patrimonial como al apoyo a las entidades financieras.

Con la promulgación del decreto ley N° 27.187, reglamentario de la Ley de Reestructuración Voluntaria N° 2.495 ⁴⁴⁰, se pone en marcha un programa concertado entre el gobierno, empresarios y banqueros.

⁴⁴⁰ Ley N° 2.495 de fecha 24 de agosto de 2.003, reglamentada por Decreto Ley 27.187 del 28 de setiembre de 2.003.

La medida ha tenido expresiones elogiosas por parte de la Confederación de Empresarios Privados de Bolivia (CEPB), pero por otra parte, el secretario ejecutivo de la Asociación de Bancos Privados de Bolivia (Asoban) ha manifestado que “la banca no es responsable de lograr la reactivación de la economía”, y este proceso “tan sólo está dejando en manos del sector financiero el salvataje de algunas empresas que puedan definirse como viables”.⁴⁴¹

El proceso de salvataje que inicie cada una de las empresas será absolutamente reservado y confidencial, es decir que los funcionarios de la Superintendencia de Empresas, el síndico, los acreedores, auditores externos, peritos y evaluadores intervinientes no podrán dar a conocer los detalles del proceso, que se encuentra previsto únicamente para sociedades comerciales y empresas unipersonales inscriptas en el Registro de Comercio.

Para acogerse al programa las empresas tienen que presentar la siguiente documentación:

- a) Una solicitud escrita a la Superintendencia del sector. Se deben incluir los estados financieros de las tres (3) últimas gestiones, y los actualizados, con dictamen de auditor externo.
- b) Lista detallada de los acreedores, de los procesos judiciales que afronta así como la nómina de socios o accionistas.
- c) El acta de la Junta de Accionistas en la que debe constar el acuerdo para someterse al proceso.
- d) La autorización expresa a su representante legal.
- e) El acuerdo para someterse a las decisiones de la junta de acreedores, y
- f) El compromiso de brindar colaboración y la información financiera, económica, administrativa, técnica y legal requerida por el ente regulador, el síndico y la junta de acreedores.

Existen tres tipos de reestructuración:

⁴⁴¹ Fuente: Suplemento Negocios diario La Prens@, La Paz – Bolivia, 27 de setiembre de 2.003.

- 1) La exclusivamente financiera: Se refiere a un aumento de capital que implica la capitalización y reprogramación de todas las deudas;
- 2) La operativa productiva: Se refiere a un ajuste de los sistemas de producción y cambio de tecnología para mejorar su eficiencia, y
- 3) La de carácter administrativo: Permite al empresario cambiar de actividad productiva.

En los supuestos en que los acreedores de una empresa, por decisión conjunta, determinen una quita, el Estado deberá asumir la misma decisión. Por su parte el artículo 55 establece que estas quitas son también válidas para los bancos en liquidación, y esto dará lugar a la disminución automática de los saldos registrados como acreencias extraconcursoales en los estados financieros de las entidades involucradas.

Una vez que procedan las quitas y los acuerdos con los accionistas y acreedores, las empresas podrán acudir al Fondo de Fortalecimiento, que operará en dos direcciones: primero, otorgando recursos a las empresas que lo requieran y, segundo, apoyando al sistema financiero.

Si la empresa reestructurada necesita capital adicional para su mejoramiento tecnológico, deberá emitir acciones o colocar bonos en la Bolsa de Valores.

El proceso de reestructuración debe durar noventa (90) días y la falta de convenio entre acreedores y deudor será considerada como causal de quiebra, la que deberá tramitar de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio.

Pero tal como se expresó inicialmente, esta solución es meramente transitoria, y aunque pueda prorrogarse su aplicación, el régimen está previsto a regir por dos años, y fue implementado en consideración a la situación de crisis generalizada por la que atraviesa su economía nacional, y no está previsto como una solución de salvataje empresario en virtud a la situación propia de la concursada con independencias de los factores externos.

Derecho Venezolano:

El Código de Comercio venezolano se ocupa extensamente de la insolvencia en el libro tercero denominado “De los Atrasos y Quiebras”, dedicándole desde el artículo 898 hasta el artículo 1081 inclusive.

Dicha normativa no recepta modernos procedimientos de salvataje, ni procesos de reestructuración de la empresa en crisis. Regula el tradicional proceso de liquidación permitiéndole al deudor celebrar un acuerdo con sus acreedores, en cualquier estado del procedimiento, que deberá ser aprobado por unanimidad (artículo 1009).

Asimismo se prevé la celebración de un convenio por la aprobación de la Junta de Acreedores de las dos terceras ($\frac{2}{3}$) partes de la totalidad de los mismos que tengan derecho a votar y que reúna las tres cuartas ($\frac{3}{4}$) partes de los créditos representados por dicha totalidad de acreedores. También podrá ser aprobado por la mayoría de las tres cuartas ($\frac{3}{4}$) partes de la totalidad de dichos acreedores que reúna las dos terceras ($\frac{2}{3}$) partes de la totalidad de los créditos. El acuerdo deberá ser firmado, so pena de nulidad, en la misma sesión en que se celebre (artículo 1014).

Si a favor del convenio sólo hubiere la mayoría absoluta de acreedores que represente la mayoría absoluta de créditos, la deliberación se diferirá por ocho (8) días; y en esta segunda junta no tienen valor las votaciones dadas en la anterior (artículo 1015).

Es interesante destacar que el derecho venezolano prevé la calificación de la conducta del deudor al establecerse en el artículo 915 que existen tres tipos de quiebras: fortuita, culpable y fraudulenta, y en los dos últimos supuestos establece que desde que se declare la quiebra y en cualquier estado de la causa, el juez podrá acordar el arresto provisional del fallido en los casos de fuga u ocultación del fallido, o de renuencia a comparecer o a presentar sus libros o de sustracción de bienes (artículo 949).

Esta calificación de conducta, además de permitir la sustanciación de un proceso penal, tiene diversos efectos en el proceso concursal. Así:

- 1) El convenio por unanimidad podrá estipularse la cesación o suspensión del procedimiento de quiebra, pero no detenerse la continuación del enjuiciamiento penal (artículo 1009 in fine).
- 2) Puede celebrarse convenio con el quebrado sentenciado como culpable, mas no con el sentenciado como fraudulento (artículo 1017).

Para que el convenio se lleve a efecto, aun cuando no haya oposición, debe ser aprobado por el Tribunal de Comercio, previo informe de los síndicos sobre los caracteres de la quiebra y sobre la legalidad del convenio.

La desaprobación del convenio, ya de oficio, ya en virtud de oposición, sólo puede tener lugar por las causas siguientes:

- 1) Ser la quiebra fraudulenta o culpable.
- 2) Haberse completado la mayoría que lo acordó con falsos acreedores o con falsos créditos.
- 3) Haberse faltado a las formalidades establecidas para su celebración.

Vemos en los puntos hasta aquí referidos que solo se formuló como medio de evitar la quiebra la celebración de acuerdo con los acreedores, en condiciones muy severas en cuanto a la calificación de la conducta y con amplias facultades por parte del estado para controlar y desaprobare el acuerdo.

No obstante lo desarrollado anteriormente el Código de Comercio prevé que cuando el comerciante se encuentre en situación en la que *"su activo exceda positivamente su pasivo, y que por falta de numerario debido a sucesos imprevistos o causa de cualquier otra manera excusable, se vea en la necesidad de retardar o aplazar sus pagos, será considerado en estado de atraso y podrá pedir al Tribunal de Comercio competente que le autorice para proceder a la liquidación amigable de sus negocios, dentro del plazo suficiente que no exceda de doce meses; obligándose a no hacer, mientras se resuelva su solicitud, ninguna operación que no sea de simple detal"* (artículo 898).

Vemos aquí que el deudor no se halla en estado de falencia, o insolvencia, sino que atraviesa por una crisis financiera que le impide temporalmente cumplir con sus obligaciones en término, disponiendo de activo suficiente para afrontarlos en el futuro.

Para poder recurrir al procedimiento de atrasos y liquidación amigable deberá el peticionante presentar sus libros llevados regularmente, su balance comercial, inventario practicado no más de treinta (30) días antes, lista de acreedores, monto y calidad de cada acreencia estimaciones prudenciales de su lista de deudores, y la opinión favorable a su solicitud de, por lo menos, tres (3) de sus acreedores.

Verificado el cumplimiento de dichas formalidades, se nombrará un síndico y una comisión con tres (3) de los principales acreedores residentes de los que figuren en el balance, y se tomarán las medidas de vigilancia necesarias. Se convocará por la prensa a una reunión que se desarrollará en el octavo día en la que el síndico y luego la comisión de acreedores, manifestarán su opinión sobre los documentos acompañados, sobre la admisión o negativa de la solicitud, sobre el plazo que pueda acordarse, sobre las medidas conservativas que convenga tomar y sobre el modo de liquidación y las personas que deban componer una comisión de consulta y de vigilancia durante la liquidación. El solicitante podrá dar la explicación o aclaraciones conducentes, labrándose acta con todo lo dicho y firma de los presentes con indicación de nombre, créditos que representa y montos y opinión vertida.

El tercer día hábil, el Tribunal se pronunciará sobre la petición admitiéndola o denegándola, teniendo especialmente en cuenta el voto emitido por la mayoría de los acreedores.

En caso de admisión, establecerá:

- 1) La duración de la liquidación, que no exceda de doce (12) meses.
- 2) La obligación del deudor de hacer constar haber pagado dentro de dicho plazo todos sus acreedores o haber celebrado con ellos convenio o arreglo.

- 3) Las medidas conservatorias y las precauciones que juzgue necesarias para garantizar la integridad del patrimonio del deudor.
- 4) Los acreedores que deben componer la comisión que vigile la administración y liquidación del patrimonio del deudor.

De este fallo no se admitirá apelación sino en un solo efecto para ante el Tribunal Superior.

Concedida la liquidación amigable, el deudor tiene la facultad de proceder a ella respecto de todo activo y a la extinción del pasivo, con el concurso de la comisión de acreedores y bajo la dirección del Tribunal. Durante el tiempo fijado se suspenderá toda ejecución contra el deudor y no podrá intentarse ni continuarse ninguna acción de cobro, a menos que provenga de hechos posteriores. No produce efectos respecto a acreencias fiscales o municipales ni con relación a acreedores prendarios, hipotecarios o de otra manera privilegiados.

Durante la liquidación amigable podrá celebrarse cualquier otro acuerdo que conceda mayores moratorias, quitas de intereses y hasta de parte de los capitales, pero necesitará la conformidad de todos los acreedores.

El Tribunal podrá revocar la liquidación amigable y declarar la quiebra cuando descubriere la existencia de deudas no declaradas, la no existencia de acreencias denunciadas por él, o si el deudor no cumple con las obligaciones impuestas o aparece culpable de dolo o mala fe, o que su activo en realidad no ofrece esperanza de pagar la integridad de sus deudas (artículo 907).

Observemos que éste último procedimiento descrito tampoco constituye un mecanismo de salvataje siendo sólo un proceso de liquidación acordada o amigable.

Legislación peruana:

En este país sudamericano también se planteó una reforma de la legislación de fondo llamada "Reforma de la Empresa".

Esta reforma tendió a abandonar los principios del capitalismo liberal para poner el acento en la cuestión social. Las nuevas disposiciones de Ley de Quiebras tienen por finalidad el mantenimiento de la fuente del trabajo y la empresa.

La unanimidad de los acreedores puede resolver la continuidad de la empresa, quedando a cargo del síndico, quien puede comisionar provisionalmente y bajo su responsabilidad la administración de la empresa a la comunidad laboral previa autorización del juez.

En este supuesto, los trabajadores de la comunidad pasan a ser socios en proporción a los beneficios sociales que ostentan, debiendo constituir una empresa cooperativa.

Legislación Costarricense

Costa Rica no cuenta con una ley especial sobre quiebras. La sistematización del estudio de la figura es necesaria y su inclusión en un sólo cuerpo normativo haría más fácil su análisis.

Sin embargo podemos referir que el proceso de reorganización en Costa Rica es de reciente introducción, ya que la normativa aplicable a los procesos concursales preventivos fue incorporada junto con la promulgación del actual Código Procesal Civil en 1.989 y reformadas en 1.996.

Al legislador costarricense le interesó la situación económica subyacente de la empresa. El artículo 709 comprende casos en que la empresa se encuentra en una situación “económica financiera difícil, con cesación de pagos o sin ella, que sea superable, y que no se haya declarado la quiebra, el concurso civil o se encuentre en un procedimiento de convenio preventivo”. Es decir que existe una combinación de dos elementos de importante trascendencia, en primer lugar la situación económica en crisis y en segundo lugar que dicha situación económica sea superable.

En cuanto al presupuesto subjetivo, no permite la utilización del proceso preventivo para el patrimonio personal de individuos en situación de insolvencia. De conformidad con lo establecido en el artículo 709 del Código

Procesal Civil, es posible que el proceso de administración y reorganización con intervención judicial sea iniciado tanto por personas físicas o jurídicas, pero en función de un patrimonio en crisis no personal sino empresarial. Es decir, no interesa la naturaleza de la persona, sino el capital o patrimonio que se encuentra en crisis, de forma tal que este instituto protege únicamente empresas en dificultades económicas.

Se exige como un requisito de carácter subjetivo y de valoración obligatoria por parte del juez, que la desaparición de la empresa pueda provocar efectos sociales perniciosos, sin posibilidades de fácil sustitución. Para realizar esta valoración el juez deberá tomar en cuenta entre otros, el número de empleados cesantes, de proveedores y acreedores afectados, y de los clientes de los cuales la empresa afectada sea proveedora.

Corresponde aclarar que, tal como lo destaca la doctrina, no se establecen requisitos en relación con el tamaño de la empresa o del capital a reorganizar o intervenir. No existe ningún elemento en cuanto a tamaño de las deudas, patrimonio, activos, o cualquier otro elemento que esté dirigido a clasificar la empresa como grande, pequeña o mediana.⁴⁴²

Advertimos en ello una importante diferencia con el sistema argentino que solo permite el acceso al procedimiento del artículo 48 a ciertos y determinados tipos societarios y siempre que hayan sido calificados como “grandes concursos”.

El artículo 710 del Código Procesal Civil, excluye de la posibilidad de someterse al proceso de administración y reorganización con intervención judicial a las empresas cuyos funcionarios, dueños o socios hayan incurrido en culpa grave o dolo, con el fin de someterse a dicho proceso.

A su turno, el artículo 712 del Código Procesal Civil excluye a los bancos y demás entidades públicas o privadas sometidas a fiscalización directa de la Superintendencia General de Entidades Financieras, que se

⁴⁴² ALVARADO CASTRO, Douglas: “La reorganización empresarial de los Estados Unidos de América: El Chapter 11”.. ob. cit.

rigen tanto por la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional como por la del Banco Central de Costa Rica.

Derecho Colombiano:

El Decreto N° 350 de 1.989 regula un régimen de concordatos preventivos cuyo objetivo es la conservación y la recuperación de la empresa como unidad de explotación económica fuente generadora de empleo, cuando ello fuere posible, así como la protección adecuada del crédito.

La ley N° 222 de 20 de diciembre de 1.995 que dispone la reforma del Código de Comercio regula en su Título II el régimen de los procedimientos concursales.

Su artículo 89 establece dos modalidades del trámite concursal:

- a) El concordato o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor cuyo objeto será la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, así como la protección adecuada del crédito.
- b) El concurso liquidatorio respecto de los bienes que conforman el patrimonio del deudor cuyo objeto será atender de forma ordenada el pago de las obligaciones del deudor.

La ley referida establece, por una parte, requisitos sustanciales para la apertura del concordato como ser: que el deudor no esté sujeto al régimen de liquidación forzosa ni a otro régimen especial; que haya obtenido la autorización correspondiente, y por último, que se encuentre cumpliendo sus obligaciones legales (relativas al Registro Mercantil y la contabilidad); por otra parte los llamados requisitos formales detallados en el artículo 97. Así determina:

“... A la solicitud deberán acompañarse los siguientes anexos:

- Documento que acredite la existencia, representación legal y domicilio.*
- Los estados financieros debidamente certificados, correspondientes a los tres últimos ejercicios y los dictámenes respectivos, si existieren.*

- Un estado de inventario cortado dentro del mes anterior a su presentación, en el cual, previa comprobación de su existencia se detallen y valoren sus activos y pasivos, con indicación precisa de su composición y de los métodos para su valuación.”

Estos requisitos se concretan en la fórmula de arreglo con los acreedores y la memoria explicativa de las causas que determinaron la situación de crisis que necesariamente debe contener la solicitud de concordato presentada por el deudor. No obstante la ley no regula en ningún momento el contenido de ese arreglo.

La apertura del concordato se ordena mediante providencia que deberá disponer:

1) La designación de un contralor auxiliar de justicia; a quien le corresponderá analizar el estado patrimonial del deudor y los negocios realizados por éste dentro de los últimos tres años, así como evaluar la fórmula de arreglo presentada con la solicitud de concordato y conceptuar sobre la viabilidad de la misma.

2) La designación de una junta provisional de acreedores, cuya función primordial es la de elaborar un proyecto de acuerdo concordatario viable, para lo cual podrá solicitar informes al deudor, a sus administradores, al contralor, examinar los libros, documento y bienes del deudor, solicitar a éste que adopte las medidas necesarias para evitar el deterioro de su patrimonio, etc.

3) La prevención del deudor que no podrá hacer enajenaciones que no se encuentren comprendidas en el giro ordinario de sus negocios, ni constituir cauciones, ni hacer pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones, ni reformas estatutarias (si se tratase de personas jurídicas) sin autorización de la junta provisional de acreedores, bajo pena de que se consideren ineficaces de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial y de imposición de multas por parte de la Superintendencia de Sociedades.

4) La comunicación de la apertura del concordato a los acreedores relacionados en la solicitud y a las entidades públicas hacedoras de

impuestos, tasas o contribuciones, indicándoles el término que tienen para hacerse parte.

5) Decretar el embargo de los activos del deudor cuya enajenación esté sujeta a registro, y su inscripción en las oficinas correspondientes.

Efectos:

A partir de la providencia de apertura y durante la ejecución del acuerdo, no podrá admitirse petición en igual sentido, ni proceso de ejecución singular o de restitución del inmueble donde desarrolle sus actividades la empresa deudora. Dichos procesos se incorporarán a concordatos y están sujetos a la suerte de aquél.

Otro efecto es la continuidad de los contratos de tracto sucesivo, de los celebrados con el Estado y de los que tengan por objeto la prestación de servicios públicos domiciliarios o industriales al deudor, por constituir ello una garantía para la adecuada continuación del negocio.

El concordato:

La verificación de los créditos presentados, la deliberación de las objeciones, la conciliación de las diferencias suscitadas respecto a las mismas, la celebración y aprobación del concordato se realizarán en las audiencias preliminar y final, que estarán presididas por la Superintendencia de sociedades y a ellas concurrirán el deudor y los acreedores que sean parte. El concordato se aprobará con el voto del deudor y uno o más acreedores que representen no menos del setenta y cinco por ciento (75%) del valor de los créditos reconocidos y admitidos.

Es requisito del concordato que no quede excluido ningún crédito reconocido o admitido, así como que se respete la prelación, privilegios y preferencias establecidas en la propia ley.

No obstante, también se admite la posibilidad de acuerdo fuera de audiencia. A partir de la audiencia preliminar y mientras no se haya aprobado el acuerdo concordatario, el deudor y los acreedores que representen al menos el setenta y cinco por ciento (75%) del valor de los créditos reconocidos y admitidos podrán solicitar a la Superintendencia de

Sociedades la aprobación del acuerdo concordatario que le presenten personalmente.

Como podemos observar de este breve análisis de la ley colombiana, corresponde concluir que sólo ofrece como posibilidad para recuperar la empresa que se encuentra en dificultades económicas la institución tradicional del derecho concursal: “el concordato”, aunque admite la posibilidad de su negociación y aprobación en una única audiencia o en forma previa e individual.

Derecho estadounidense:

Algunas fuentes de derecho comparado señalan el sistema norteamericano como el primero en plantear la necesidad de configurar institutos concursales preventivos de carácter reorganizativo desde finales del siglo XIX.⁴⁴³

Jerarquía normativa y Estructura legislativa:

Los procesos concursales se encuentran regulados por un grupo de normas federales que en conjunto son conocidas como el Título 11 del Código de los Estados Unidos, y tendrá jerárquicamente nivel superior en cualquier conflicto que se presente entre éste y la legislación estatal, por ser una ley especial fundamentada directamente en la Constitución.

El Título 11 se divide en capítulos y podemos destacar que los capítulos 1 y 3 regulan aspectos aplicables a todos los procesos como ser, la terminología, plazos, legitimación procesal, entre otros. Como veremos, los capítulos 7, 11, 12 y 13 establecen procesos concursales específicos.

La doctrina norteamericana distingue dos formas de quiebra: la

⁴⁴³ El primer antecedente en esta materia es la Ley de Compañías Ferroviarias de 1.867, en la que se estableció un procedimiento de reorganización de empresas ferroviarias y que posteriormente fue expandido a otras formas de organización empresarial. El desarrollo de estas formas de solución de crisis se ven aceleradas en su desarrollo luego de la gran depresión económica y la caída de Wall Street en 1.929. Así la legislación norteamericana sentada en esta materia sobre la base que le daba el Bankruptcy act de 1.898, es sometida a importantes reformas en los años '30. En 1.938 se introduce una nueva reforma conocida como “Chandler Act”, dirigida a mantener con vida a las sociedades por acciones y, en efecto, reestructurarlas o reorganizarlas, antes que liquidarlas. A partir de la reforma introducida el 6 de noviembre de 1.978, se estableció además, un procedimiento especial de

liquidación o bancarrota *stricto sensu* (*liquidation proceedings*), regulada en el capítulo 7, y la rehabilitación o reorganización que abarca los capítulos 11 (*reorganization*), 12 (*adjustments of debts a family farmer with regular annual income*) y 13 (*adjustments of debts of an individual with regular income*).

a) El capítulo 11 “*Reorganitation*”, prevé un procedimiento aplicable sin limitaciones a cualquier deudor.

El capítulo 11 del Código de Quiebras norteamericano⁴⁴⁴ permite a una empresa continuar operando mientras se negocia un plan de reestructuración con los acreedores.

La introducción del procedimiento del capítulo 11 vino motivada por el deseo y la necesidad de incrementar la posibilidad de que la empresa pudiera emerger, tras el proceso de reestructuración, como empresa en funcionamiento. La base lógica del procedimiento reside en que una ley más orientada hacia los accionistas podría mejorar las posibilidades de supervivencia de la empresa.

Así la doctrina ha sostenido que “con la inserción del interés público en los problemas económicos de los comerciantes, el Estado encuentra razones para buscar el mantenimiento de la empresa como uno más de los medios de producción del país, es decir al Estado le interesa mantener en lo posible la estabilidad económica de aquellos mecanismos generadores de riqueza, y que forma parte esencial del balance financiero del país, de la sociedad”.⁴⁴⁵

Entonces, el sistema intentará dejar como última opción el desmembramiento y liquidación del deudor, para buscar soluciones en las que se puedan satisfacer de mejor manera los intereses de todos aquellos que se verían afectados por un cese en las operaciones, los trabajadores,

reorganización para sociedades capitalistas, y que constituye el antecedente inmediato de la actual “Reorganización Empresarial”.

⁴⁴⁴ El Código de quiebras de 1.978 sustituyó a la Ley Chandler de 1.938 como normativa reguladora de los procesos de la quiebra de la empresa. Mediante la “Ley de Reforma a la Ley de Quiebras”, nace el “Bankruptcy Code” que estaría en vigencia el 11 de octubre de 1979, posteriormente modificado en 1.984 y en 1.994.

⁴⁴⁵ ALVARADO CASTRO, Douglas: “La reorganización empresarial de los Estados Unidos de América: El Chapter 11”. Ob. cit.

los terceros, el propio titular, e inclusive los mismos acreedores.

Comienza a nacer aquí un principio moderno del derecho concursal: El principio de “conservación de la empresa”, que eventualmente puede llegar a satisfacer de forma más eficiente los intereses antes indicados.

En este sentido se ha afirmado que “... la conservación de la empresa viable aparece como principio general, rector y medular de la nueva filosofía concursal existiendo así mayores posibilidades de satisfacción de los acreedores si la empresa se reorganiza. Los enormes costos que implica la reasignación total de los recursos, el interés público que se vería afectado por la eliminación de la empresa en crisis y la esperanza de abaratar los costos administrativos a través de procedimientos adecuados de conservación, llevan fácilmente a la conclusión de que la liquidación ha dejado de ser la norma general y se ha convertido en la norma residual del sistema concursal”.⁴⁴⁶

b) El capítulo 12 es viable para sujetos cuyos ingresos regulares provengan de actividades agropecuarias.

c) Finalmente el capítulo 13 procede sólo respecto de personas físicas con ingresos regulares y cuyo pasivo no supere los límites legalmente determinados. Conocido como “Ajuste de Deudas de Persona Física” es el segundo tipo más común de proceso concursal utilizado en los Estados Unidos, que tiene por objetivo pagar las deudas de una manera ordenada sin llegar a considerarlas extintas en comparación con lo que sucede en el capítulo 7.

Corresponden a aquellas situaciones en las cuales el deudor opta por pagar en su totalidad las deudas, pero para ello necesita una prórroga mayor a la que sus acreedores estarían dispuestos a brindarle. El procedimiento es similar al establecido en el capítulo 7 excepto por la existencia del plan de ajuste de deudas, un plan que deberá ser aprobado por la Corte en una audiencia de confirmación.

⁴⁴⁶ ALVARADO CASTRO, Douglas: “La reorganización empresarial de los Estados Unidos de América: El Chapter 11”. Ob. cit.

La mayoría de las personas que recurren a este mecanismo, es debido a que se han retrasado con el pago de sus hipotecas y temen enfrentarse a una posible ejecución, y este proceso concursal le posibilita contar con un plazo de gracia de hasta tres (3) años para pagar los montos incumplidos, en tanto se encuentren en posibilidad de continuar haciendo los pagos regulares para los saldos no vencidos.

Dado que el sistema de reestructuración regulado en el en el Capítulo 11 del Título 11 del derecho norteamericano es el que posee mayores similitudes con el artículo 48 de la Ley de Concursos argentina y que fue tenido como base o fuente para su elaboración, nos abocaremos a continuación al desarrollo del proceso de salvataje en él establecido.

El capítulo 11 de la ley de quiebras:

Como ya adelantáramos, en la normativa norteamericana vigente, el proceso concursal preventivo de reorganización es conocido como el “Chapter 11” por cuanto el mismo se regula en dicho capítulo del Título 11 del Código de los Estados Unidos.

El plan de Reorganización del derecho estadounidense contiene la posibilidad para el deudor de presentar un acuerdo ya sea en el escrito inicial o en cualquier momento, y se haya iniciado el procedimiento a propuesta del deudor o de cualquier acreedor.

El deudor conserva la exclusividad de hacer esa propuesta dentro del plazo de ciento veinte (120) días de la resolución de apertura. Vencido dicho plazo, queda habilitado cualquier interesado, el síndico, el comité de acreedores o tenedores de participaciones societarias, acreedores, fideicomisarios, incluido el propio deudor, en las siguientes condiciones: a) que haya un síndico designado conforme a las normas del Capítulo XI; b) que el plan propuesto por el deudor no hubiese obtenido la conformidad de los acreedores ...

Los plazos señalados pueden ser reducidos o ampliados por el tribunal (sección 1121.d.). Los créditos o derechos pueden ser clasificados

en una categoría determinada sólo si son sustancialmente similares (sección 1122.a.).

El acuerdo debe tener tratamiento idéntico para los créditos o derechos involucrados en las distintas categorías, salvo que el titular acceda a un tratamiento desfavorable. El contenido del acuerdo es singularmente amplio y entre sus posibilidades se incluye la venta del todo o parte de la masa concursal con o sin gravámenes e incluso la posibilidad de la distribución de la totalidad o parte de los bienes entre quienes detentan algún derecho sobre ellos.

La aprobación del plan viene dada por una deliberación y posterior votación del mismo por la mayoría de los acreedores y los dos tercios (2/3) del valor nominal de la deuda de cada clase. Excepcionalmente el proponente del plan puede dividir los acuerdos y estipulaciones por categorías de acreedores, lo que facilita por el juez de un procedimiento de cramdown.

El deudor tiene el derecho exclusivo para proponer un plan de reestructuración durante el término de cientoventa (120) días, gozando de un plazo adicional para obtener la aprobación de sus acreedores. Si se aprueba el plan propuesto por el deudor por parte del Tribunal se acometerá la recuperación de la empresa, si el Tribunal decide que no es suficiente puede dar por terminado este plazo de exclusividad concedido al deudor para dar posibilidad a las otras partes interesadas, tales como los acreedores para que propongan sus respectivos planes.

Es entonces que según la ley de quiebras estadounidense el deudor tiene exclusividad para presentar el plan de reorganización dentro de los (cientoventa) 120 días de la apertura del procedimiento, y si no lo hiciere, o la propuesta resultare insatisfactoria para las expectativas de los acreedores, queda habilitado para efectuar una propuesta o plan, cualquier interesado, incluso acreedores o accionistas.

Corresponde aquí entonces, antes de profundizar el análisis del instituto, efectuar una primera aclaración respecto a la terminología

adoptada por la doctrina argentina para denominar el procedimiento establecido en el artículo 48 de la ley N° 24.522 y que se afirmó estaba inspirada en el “homónimo de derecho americano”.

Con el nombre de *cramdown* se entiende en la legislación de quiebras de Estados Unidos la potestad del juez para imponer a todos los acreedores un plan de recuperación de la empresa en cesación de pagos, aun cuando no hubiera obtenido el voto favorable de la mayoría de acreedores. Es entonces que el *cramdown* es la potestad pretoriana de imposición del acuerdo o plan de reestructuración reconocido dentro del “Plan de Reorganización” que es objeto de regulación en el Capítulo 11.

Esta facultad pretoriana de imposición del plan no está prevista en el ley N° 24.522, que se dice inspirada en el instituto homónimo norteamericano.⁴⁴⁷

Una vez que hemos efectuado esta inicial, pero importante distinción entre ambos ordenamientos, retomaremos el análisis del procedimiento de reestructuración o reorganización de empresas refulada en el derecho norteamericano.

Presupuesto subjetivo:

Pueden someterse al Proceso de Reorganización tanto personas físicas en forma personal o comercial, como también personas jurídicas, en las distintas formas que puedan existir de acuerdo a la legislación norteamericana. De conformidad con la Sección 109 del Capítulo 1, deberán tener su residencia, domicilio, centro de operaciones o bienes en Estados Unidos.

Pueden entonces reorganizarse *corporations*, *partnerships* y *personas físicas*:

a) Las *corporations* son comparables a las sociedades anónimas, son sociedades que poseen personalidad jurídica y en las cuales los socios tienen una responsabilidad limitada al aporte.

b) Las *partnerships* se componen de dos tipos de socios, los *general parthers* que son ilimitada y solidariamente responsables, en tanto que los *limited parthers* limitan su responsabilidad a los aportes realizados. Por sus caracteres las *partnerships* se asemejan a las sociedades en comandita por acciones, no obstante la ley no les concede personería jurídica, y respecto de las cuales ha existido cierta discusión en torno a si pueden acceder a la protección que ofrece este procedimiento.

En el caso C-TC 9th Avenue Partnership v. N Co., el Tribunal Superior de Quiebras estableció que a pesar de su incapacidad de reorganización, nada impide que este tipo de entidades en proceso de disolución, realice el proceso de liquidación de deudas y disolución de la empresa bajo el marco del Capítulo 11, especialmente existiendo la posibilidad de que a través de este proceso se aumenten las posibilidades de recuperación para los acreedores.⁴⁴⁸

Debemos tener presente que esta forma de proceso concursal preventivo no distingue entre grandes o pequeños empresarios, no establece límite respecto de activos, pasivos, porcentajes adeudados, tipos de deudas, etc. Asimismo puede ser solicitado por quienes sufran una crisis financiera en virtud de su actividad comercial ordinaria, y quienes se encuentran soportando grandes cargas impositivas, ya sea estatales o federales, ello, como podemos advertir, marca una nueva distinción con el sistema argentino.

No obstante, este procedimiento es mayormente utilizado por grandes empresas y sociedades de capital, mientras que el sujeto individual opta por el ya mencionado “Ajuste de Deudas”, del Capítulo 13, por ser más sencillo y menos costoso que la reorganización.

Resultan excluidos de la posibilidad de acudir a este procedimiento: las compañías aseguradores, las entidades de crédito, los corredores y

⁴⁴⁷ El nuevo artículo 52 de la ley N° 24.589 prevé la posibilidad que el juez homologue el acuerdo aun no habiéndose logrado las mayorías necesarias, e imponerlo a la totalidad de los acreedores quirografarios, con tal que cuente con una serie de requisitos.

⁴⁴⁸ C-TC 9th Avenue Partnership v. N Co.

agentes involucrados en el mercado de valores, y los “*commodity brokers*” o agentes comisionistas de mercancías futuras.

Presupuesto Objetivo:

No cabe la apertura de oficio, el procedimiento sólo puede ser abierto a instancia del deudor, de los acreedores o del representante de los acreedores.

En caso que la reorganización sea solicitada por el mismo deudor (solicitud voluntaria), la sola petición constituye una causa automática de apertura independientemente de la situación económica en que se encuentre la empresa. El deudor deberá presentar un inventario de activos y pasivos, e identificar los veinte (20) acreedores más cuantiosos que no gocen de garantías crediticias. El ocultamiento de información por parte del deudor podría implicar el archivo del expediente y posibles sanciones.

En caso que la solicitud sea planteada por un agente distinto al deudor, será necesario que se cumpla alguna de las condiciones contempladas en la Sección 303 y que se resume en dos hechos externos:

- 1) La falta de pago, paralela a la tradicional cesación d pagos.
 - 2) El nombramiento de un “*custodian*” dentro de los cientoventa (120) días anteriores a la solicitud, con independencia de la situación económica que presente el deudor.
- 1) Falta de pago: Al momento de la aprobar la ley en el Senado de los Estados Unidos, se discutió si sería relevante o no el estado de insolvencia en que pudiera encontrarse el deudor, es decir, si además de la falta de pago se exigiría que existiese una crisis económica, ya sea que se tratase de un desbalance o falta de liquidez, hasta cubrir aquellos casos en los que el deudor hubiese dejado de pagar por una cuestión voluntaria.

Se optó por limitar el requerimiento a la falta general de pago, con independencia de la situación económica subyacente. Se alegó que era necesario adelantar el momento de apertura del procedimiento para facilitar con ello la reorganización.

En relación al nivel o grado de los incumplimientos para considerar

que existe “falta general de pago”, la Comisión de Derecho Concursal señaló que tal cuestión, por ser de hecho, debía dejarse a la apreciación de los tribunales, quienes habrían de tener en cuenta tanto el número como el importe de las deudas.

2) El Custodian: Constituye el nombramiento de un sujeto para que se haga cargo de los bienes del deudor, y ello evidencia o presume una situación financiera grave, por lo que resulta importante proteger a los acreedores.

Además de evaluar si existen los presupuestos legales para la apertura del procedimiento, el juez deberá efectuar un juicio de oportunidad y valorar si los intereses económicos de los acreedores estarían más protegidos con la apertura del procedimiento de reorganización que con el uso de un proceso liquidatorio.

La administración:

El deudor continuará manteniendo la posesión, gestión y administración de sus bienes, la empresa puede continuar operando normalmente y, con permiso del juzgado, vender y adquirir fondos. Esta situación se conoce como “*debtor-in-possession*”. El pago de las deudas como de los intereses cesan mientras la empresa está sujeta a este procedimiento y se impide a los acreedores emprender acciones contra el deudor, con el propósito de satisfacer sus créditos o garantías individualmente, paraliza los procesos existentes, incluyendo los embargos de activos.

Dentro de sus obligaciones se destacan la oposición contra la reclamación de créditos improcedentes, y la actualización mensual de la información contable y financiera de la empresa. Podrá contratar abogados, contadores, peritos, subastadores y otros profesionales, siempre con la autorización del órgano jurisdiccional. Deberá requerir autorización judicial para actos de administración extraordinaria.

El deudor tiene los derechos y deberes de un curador, y es autorizado por la ley a continuar controlando la empresa casi normalmente. La idea fundamental en esta estrategia es la reorganización, es permitir la normal

continuidad en la gestión empresarial, y evitar el perjuicio que un tercero entre a sustituir la administración del negocio. Se parte de la premisa que los administradores existentes tendrán una mayor experiencia y conocimiento para manejar la empresa por lo que se les da una considerable discreción en la operación de los negocios.

Los deberes y derechos del deudor pueden ser clasificados en tres categorías:

1) Funciones administrativas: incluyen contratación de personal, presentación de informes relacionados con la operación del negocio durante la reorganización, etc.

2) Funciones operativas: que comprenden la capacidad discrecional de decidir el uso, venta, o alquiler de activos, obtener financiamiento y continuar con la operación de la empresa.

3) Funciones protectoras: que abarcan la oposición a créditos, termino o mantenimiento de contratos en ejecución, presentación y preparación del plan.

Por su parte el Comité de Acreedores, está llamado a proteger especialmente los intereses de los acreedores sin garantías, tanto en la negociación del plan de reorganización como durante todo el proceso concursal, dentro de un marco de completa fidelidad e imparcialidad hacia los acreedores que representa. Participa en la aprobación del plan y en su posterior ejecución, puede solicitar el nombramiento de un curador o de un auditor en los supuestos que lo amerite.

En casos en que las decisiones del deudor no sean aceptables para el Comité el juez debe decidir, y en general para que las operaciones del deudor sean consideradas inapropiadas el Comité deberá demostrar con claridad que existe abuso por parte del deudor, en caso contrario no será posible sustituir su voluntad y decisión.

En situaciones muy calificadas, por las causales taxativas enumeradas en la Sección 1104, el Ministerio de Justicia y a solicitud del juez, designará un “*trustee*”, figura similar al curador que realizará ciertos

actos de administración.

Asimismo, el órgano judicial de oficio deberá constituir un comité de acreedores y uno de accionistas, de forma que logren estar representados debidamente, los distintos intereses de los grupos involucrados.

El Plan:

En la Sección 1123 de la Ley de Quiebras norteamericana se indica cual debe ser el contenido obligatorio y que se puede considerar como contenido voluntario del plan.

Contenido obligatorio: El plan debe contener disposiciones en dos sentidos. Como primer objetivo, el plan debe estar dirigido a solucionar el cumplimiento del pago de los pasivos, lo cual comprende todas las medidas necesarias para dar un adecuado tratamiento a los pasivos, quitas y/o esperas, y el trato que deberán darse a los distintos tipos de acreedores que existan, el que no podrá ser discriminatorio entre los integrantes de cada grupo particular. El Plan debe ser muy claro con respecto a la forma en que se agrupen los acreedores, para lo cual será necesario la semejanza sustancial entre los derechos de que son titulares tanto los acreedores, los obligacionistas y los accionistas a incluir en cada grupo (Sección 122.a del Código de Quiebras).

En el caso que el deudor sea una sociedad anónima, el plan deberá prever la inclusión del mismo en el pacto social, como así también, de una prohibición de la emisión de acciones sin derecho a voto, y garantizar la adecuada distribución del derecho a voto entre los accionistas. Esta prohibición, tiene por finalidad garantizar que quienes las suscriban, sean excluidos de una futura participación en la sociedad reorganizada.

El otro objetivo es el de lograr la conservación de la empresa a través de la “Reorganización”. En la Sección 1123.a.5 se indica que el Plan deberá establecer los medios adecuados para su ejecución, sugiriendo medidas como la retención de todos o parte de los bienes de la masa; la transferencia de toda o parte de los bienes a una o más sociedades creadas antes o después de la homologación del plan, produciéndose la transferencia del

activo de la sociedad deudora a la nueva y la suscripción de las acciones de la nueva sociedad por parte de los sujetos legitimados en participar en el plan, entre los que se encuentran los acreedores, quienes verán transformados sus créditos en acciones, sobre la base de la aportación de aquellos a título de desembolso. En otras palabras, se da una fusión del deudor con sus acreedores, ya sea por absorción o por constitución de una nueva sociedad. Dentro de las medidas que ha de contener el plan se deberá incluir cuando sea necesario, la venta total o parcial de los bienes, ya sea que estén o no gravados, o bien la distribución de bienes entre los acreedores con garantía o privilegios sobre ellos.

Contenido voluntario: El contenido voluntario del plan se encuentra regulado en la Sección 1123.b del Capítulo 11.

El contenido voluntario puede estar enfocado a aspectos reorganizativos, así como algunos modos de arreglo del pasivo.

La aprobación del Plan:

Una vez propuesto el Plan deberá ser aprobado en dos fases, en la primera por todos los grupos de acreedores y accionistas y la segunda fase corresponde a la homologación del juez.

La aprobación que realizan los acreedores no se lleva a cabo en forma individual, sino en forma grupal, de conformidad con las categorías que han sido previamente establecidas. Se distingue entre los grupos que deben aceptar expresamente el plan, y aquellos grupos que no es necesario que acepten expresamente, siendo posible presumirse la aceptación o rechazo.

Respecto de los acreedores se considera que un grupo ha aceptado el plan, cuando voten favorablemente al menos dos tercios (2/3) del importe de los créditos y más de la mitad del número total de créditos reconocidos del grupo que efectivamente voten. Esta doble exigencia (número de créditos y monto) busca garantizar un nivel de equilibrio entre el factor numérico y el elemento económico.

Respecto del grupo de accionistas y obligacionistas, se entenderá que

el plan ha sido aceptado si es aprobado por dos tercios (2/3) del importe de los derechos reconocidos del grupo.

Una vez superada la primera etapa de aprobación del plan, éste deberá ser sometido a la aprobación judicial u homologación, que se conoce con el término de “*confirmation*”.

La *confirmation* se encuentra establecida en la Sección 1129.a del Capítulo 11, y en ella se detalla el contenido, los aspectos relacionados con los grupos de acreedores, el proponente del plan, la viabilidad y la ejecución en sí. El juez deberá verificar que el plan cumple con el contenido obligatorio y analizar si el proponente muestra buena fe en su proposición. Igualmente analizará los actos previos, como ser el proceso mismo de aprobación por parte de los acreedores y accionistas, pagos por servicios y gastos efectuados con relación al procedimiento, y el trato que se ha dado a cada grupo de acreedores, entre otros.

El cramdown:

En orden a la homologación del acuerdo, la Sección 1129.b contiene el sistema denominado, en los *legislative statements* (informes elevados al Senado y Cámara de Representantes) como *cramdown*, institución que, como lo adelantáramos, se resume en la facultad que asiste al juez de la quiebra para imponer la aprobación del plan a una categoría de acreedores renuentes, a los que puede compensarse por distintos medios, por ejemplo, con la satisfacción íntegra del crédito, con el reconocimiento de intereses especiales, u otras de contenido económico.

Consiste en la facultad que tiene el tribunal de considerar a los efectos del cómputo de las mayorías del acuerdo en forma positiva a las categorías disidentes (que no dieron conformidad al plan).

En principio cabe destacar que el *cramdown* puede estar dirigido a todo tipo de deudor, que además se requiere la presentación de un plan de empresa y que como vemos, es facultad del juez imponerlo a todos los acreedores en caso de que sea justo y equitativo, aún cuando no obtenga las mayorías legales.

En esta hipótesis procederá de todos modos a la homologación, forzando la voluntad de las categorías disidentes, ya se tratare de créditos privilegiados o quirografarios.

Se entiende que la viabilidad de *cramdown* está condicionada, no sólo a la aceptación del plan, sino también al cumplimiento de ciertos estándares jurídicos establecidos por la ley, como son: el mejor interés o *best interest* y la prioridad absoluta o *absolute priority*.

Por la regla del mejor interés, ninguna de las clases pueden resultar perjudicadas hasta el punto de recibir un valor inferior al que recibirían en el caso de una liquidación efectuada bajo el capítulo 7.

En cuanto a la prioridad absoluta se refiere a los créditos no garantizados, los cuales deben satisfacerse en función de un orden legal jerárquico.

Las condiciones a las que está sometido el juez, para poder imponer el acuerdo son las siguientes:

- 1) Que la solicitud de aplicación de la voluntad derogatoria de la oposición de la categoría disidente sea formulada a la solicitud del proponente del plan (Sección 1129.b).
- 2) Que el acuerdo (o plan) propuesto no sea injusto sino “justo y equitativo” (*fair and equitable*) respecto de cada categoría de créditos o derechos, que prestaron conformidad.

La ley estadounidense establece los criterios o requisitos que deben reunir las propuestas de acuerdo a los efectos de ser consideradas dichas exigencias.

Ningún crédito de la categoría sujeta al sometimiento del acuerdo, a pesar de su disidencia podrá ser obligado en tanto cualquier crédito o derecho reciba más del cien por ciento (100%) de su importe y alguna categoría resulte discriminada, en violación a los parámetros establecidos por la ley.

Así respecto de los créditos privilegiados, de conformidad con lo establecido en la sección 1129.b.2.A.i, el acuerdo debe disponer:

- 1) Que los acreedores mantengan los privilegios sobre los bienes ya sea que éstos permanezcan en poder del deudor o sean transferidos a terceros,
- 2) Que cada acreedor privilegiado reciba pagos diferidos o de contado por un importe o valor que no sea menor al del derecho del acreedor de la masa concursal sobre dicho bien, y
- 3) Que en caso de venta del bien asiente del privilegio, el producido quede afectado al crédito, en tanto satisfaga el equivalente indudable del mismo.

Con respecto a los créditos quirografarios; deben recibir un valor a la fecha de vigencia del acuerdo igual al importe admitido de los créditos, y los titulares de créditos o derechos subordinados a los créditos de categorías disidente no deben recibir bien alguno en virtud del crédito o derecho subordinado (Sección 1129.b.2.B.i).

En caso de tratarse de créditos o derechos subordinados, será parámetro de criterio de justicia y equidad para imponerle la aceptación, que no reciban bien alguno a cuenta de los mismos.

La categoría disidente de derechos afectados puede incluir a socios solidarios o comanditarios en sociedades personales, unipersonales, y a accionistas de la anónima. Si a los titulares les corresponde una preferencia fija de la liquidación o un precio fijo de rescate, deben recibir en virtud del acuerdo bienes por un valor igual al superior entre el precio fijo de rescate o el valor de dichos atributos.

Como podemos advertir del desarrollo hasta aquí efectuado, la homologación del plan puede ser viable, factible aún cuando sólo un grupo lo haya aprobado, en virtud de que bajo circunstancias muy claramente definidas en la ley, es posible la imposición forzosa a los grupos que no lo hayan aceptado.

En forma similar, el juez también deberá constatar que el plan proteja los derechos de aquellos que no votaron a favor del plan, a pesar de que su grupo lo haya aprobado. Analizará entonces que los miembros del grupo

reciban al menos lo mismo que recibirían en el caso de que en lugar de una reorganización se hubiera procedido a una liquidación según lo dispone el capítulo 7.

El juez deberá verificar si el plan prevé tratamientos específicos para algunos créditos preferentes o con prioridad respecto de los que debe preverse su pago en la fecha en que se homologa el plan; por ejemplo, para créditos derivados de gastos de administración, créditos tributarios, salarios, créditos por aportes a fondos de pensiones en beneficio de los trabajadores, y créditos de depósito de consumidores.

La viabilidad del plan:

El juez debe comprobar la viabilidad del plan y cuestiones relacionadas con su ejecución.

La viabilidad es entendida en el sentido que el juez determine que existe capacidad para llevar a cabo el plan, y que las perspectivas de que la empresa recupere la solvencia luego del proceso reorganizativo son reales. Puede considerarse que este es el mayor poder de discrecionalidad que se le otorga al juez en este tipo de procesos.

En cuanto a la ejecución del plan, el juez debe evaluar eventuales conflictos de intereses o de parentesco entre los directivos, el curador y los socios en la sociedad reorganizada, frente a los intereses de los acreedores e intereses públicos.

Efectos de la homologación:

Se pueden identificar los siguientes efectos:

- 1) El carácter obligatorio del plan para todos los interesados.
- 2) El deudor recobra su gestión, si excepcionalmente la perdió.
- 3) La liberación del deudor de todas las deudas reconocidas en el proceso.

Luego de que el plan fue aprobado por los acreedores y homologado por el juez, se debe proceder a ejecutarlo, y a partir de ese momento el deudor ya no será más un deudor-en-posesión sino que será un deudor

reorganizado. La cesación automática dejara de ser aplicable, aunque la prohibición de acciones judiciales por deudas anteriores a la entrada en vigencia del plan se mantendrá invariable.

El deudor se obligara a pagar todas las sumas requeridas por el plan como parte del proceso de reorganización. El plan definirá las relaciones a partir de ese momento como un nuevo pacto entre el deudor, sus acreedores, y sus accionistas.

Conclusión del procedimiento de reorganización:

El procedimiento regulado en el capítulo 11 puede terminar de dos maneras:

- 1) Con el cumplimiento del plan y en consecuencia, el cumplimiento de la finalidad que se perseguía, es decir la salvación de la empresa, o
- 2) Con su incumplimiento debiéndose aplicar el procedimiento de *liquidation* regulado en el capítulo 7 del *Bankruptcy Code*.

Sostiene Candelario Masías⁴⁴⁹, que en la aplicación práctica de este procedimiento se ha evidenciado que el mantenimiento de las actividades de las empresas ha dependido enormemente de la posibilidad de obtener nueva financiación durante el proceso, sabiendo que esta nueva financiación obtiene preferencia respecto a los créditos anteriores a la declaración del procedimiento.

En la realidad estos nuevos medios de financiación solo han aumentado el pasivo y se ha especulado con los pocos activos realizables, provocando un aumento de los costos, todo ello con el objetivo de retrasar la quiebra.

La autora referida señala un ejemplo concreto de la situación descrita, el caso en el que se aplicó este procedimiento afirmando la empresa deudora (Eastern Airlines, en el Distrito Sur de Nueva York) que tenía fondos suficientes del orden de unos 3.700 millones de dólares para satisfacer a todos sus acreedores (3.400 millones de dólares). Un año más tarde,

⁴⁴⁹ CANDELARIO MASÍAS, Maria Isabel: “La Empresa en Crisis. Derecho Actual - Capítulo III: Referencia a los Institutos ...”. – ob. cit., p.118.

Eastern propuso pagar a sus acreedores 1.600 millones de dólares, mientras que el último plan de reestructuración propuso el pago de 850 millones de dólares. Cuando se liquidó la empresa los acreedores recibieron solamente 340 millones de dólares.

Vemos entonces que para emprender con éxito el salvataje, resulta fundamental efectuar una evaluación correcta de las posibilidades reales de recuperación y la formulación de un plan de reestructuración viable a fin de no perpetuar el estado de insolvencia que a nadie beneficia.

A continuación efectuaremos un cuadro comparativo por el que intentamos evidenciar los distintos procedimientos tendientes a la conservación de la empresa, regulados en el derecho comparado y que fueron objeto de análisis más arriba.

Salvataje

País	Procedimientos de salvataje			
	acuerdo extrajudicial	Convenio concordato	Administr. Controlada Interventor	Plan de saneamiento
Argentina	X			Cramdown
Alemania	X		X	Cramdown
Brasil	X	X	X	Cramdown
Bolivia		X		Reestructuración
Colombia		X		
Costa Rica				Reestructuración
Chile	X	X	X	

España	X	X	X	
EE.UU				reorganización cramdown
Francia				réglement amiable
Inglaterra	X	X	X	
Italia			X	
Paraguay		X		
Perú	X		X	conservación
Portugal		X		
Uruguay		X		
Venezuela		X		

Título III

Distintos procedimientos de salvataje en el derecho argentino:

Introducción – a) El concurso preventivo – b) El acuerdo preventivo extrajudicial: Naturaleza jurídica – Presupuesto objetivo – Evolución legislativa del ape – Sujetos y causales – La homologación del acuerdo - El rechazo del acuerdo por los acreedores y el cramdown power – Efectos de la homologación - El acuerdo homologado y la novación de obligaciones – La nulidad del acuerdo homologado - Acuerdo extrajudicial no homologado. – c) El cramdown: Concepto y finalidad.

Introducción:

Consideramos que constituye un procedimiento de salvataje de empresa en crisis, todo aquel que tienda a evitar la declaración judicial de quiebra, y la consecuente liquidación del activo del deudor para la cancelación de su pasivo.

Desde hace tiempo las leyes de quiebra han introducido lo que la doctrina ha dado en llamar “procedimientos alternativos”. Nuestra ley concursal ofrece tres institutos orientados a este fin:

- a) el concurso preventivo.
- b) el acuerdo preventivo extrajudicial, y
- c) el salvataje del artículo 48.

III.- a) Concurso preventivo:

El concurso preventivo es un remedio tradicional adoptado por todo ordenamiento jurídico que ofrece un camino de salida a la crisis a través de un acuerdo celebrado entre el deudor y la mayoría calificada de acreedores quirografarios requerida por la ley, conforme al tipo de propuesta efectuada, y donde la minoría disidente o los acreedores ausentes quedan sometidos al acuerdo.

Al decir de Bergel, los acreedores privilegiados se encuentran excluidos del proceso ya que su grado de participación es mínimo y puramente formal, a los fines de verificar su crédito. Excepcionalmente, puede darse un acuerdo dirigido a los acreedores privilegiados o a alguna categoría de ellos (artículo 44 L.C.Q).⁴⁵⁰

Sostiene asimismo, que el acuerdo al que puede arribarse con los acreedores quirografarios es de relativo valor, ya que la continuidad de la actividad del concursado dependerá de los acuerdos a que arribe con los privilegiados, que en su mayoría son extrajudiciales.

En sus orígenes el acuerdo preventivo estuvo vinculado a la conducta del deudor ya que se lo presentaba como un beneficio al comerciante “honesto y desventurado” que cayó envuelto en la crisis por circunstancias ajenas a su quehacer. Así el artículo 161 inciso 5 de la derogada ley N° 19.551 mandaba al juez, previo a la homologación del acuerdo, a valorar si el deudor en relación con las causas que provocaron su cesación de pagos y su propia conducta es merecedor de una solución preventiva.

Posteriormente se apuntó a criterios objetivos concibiendo el acuerdo que, permitiendo superar la crisis atemperaba el costo individual y social de la insolvencia.

Conseguir un resultado favorable en la votación depende más de la habilidad del deudor que de la meditada decisión de los acreedores. Para que el acuerdo tenga efectividad es necesario que estirpe, erradique las causas que dieron origen a la crisis, esencialmente en lo relativo a la obtención del capital y a la reorganización de la empresa, cuestiones que rara vez se valoran en la votación. Habitualmente, al momento de la homologación, el juez se conformaba con la decisión de la mayoría y rara vez realizó un juicio de valor sobre la posibilidad de cumplimiento del acuerdo.

⁴⁵⁰ BERGEL, Salvador Darío: Proemio efectuado a la obra “La Empresa en Crisis. Derecho Actual” de Isabel Candelario Macías – Luisa E. Rodríguez Grillo. Ediciones Ciudad Argentina Buenos Aires 1.998.

Según el autor referido, en la actualidad, el sistema vigente ha convertido a la homologación en un acto puramente formal, desdibujando la participación del juez, y el tema de la viabilidad de la empresa es valorado y decidido por los acreedores.

III.- b) Acuerdos extrajudiciales:

Los acuerdos preconcursales son creación de la iniciativa privada, y la práctica empresarial los conoció mucho antes de su consagración legislativa, resultando una de las novedades introducidas en el derecho argentino en el año 1.983 por la ley N° 22.917.

Estos acuerdos no requieren igualdad de trato entre los acreedores, ni siquiera dentro de la misma categoría o clase y pueden convenirse prestaciones de distinta naturaleza. El presupuesto objetivo para su procedencia es la cesación de pago o las dificultades económicas o financieras de carácter general.

Si bien existen posiciones doctrinarias – con respaldo en la legislación comparada- que se inclinan por la posibilidad de la existencia de estos acuerdos sin que exista el consentimiento de todos los acreedores, por un principio de seguridad jurídica, de certeza y estabilidad de los acuerdos, parte de la doctrina opina que se requiere el consentimiento unánime, y que deben considerárselos como contratos plurilaterales en los cuales se logra la armonización de los complejos y diversos intereses en juego.⁴⁵¹

Las ventajas prácticas del acuerdo extrajudicial apuntan a la mayor rapidez y economía del proceso. Los procedimientos concursales son costosos (ya que deben considerarse, no solamente los gastos procesales, los costos derivados de la dilación, el incumplimiento de la distribución del patrimonio conforme la *pars condictio creditorum*, etc.), mientras que a través de los acuerdos extrajudiciales el deudor puede convenir con sus acreedores, tanto el pago de sus créditos como su vencimiento, al obtener la correspondiente

⁴⁵¹ BERGEL, Salvador Darío: Proemio efectuado a la obra “La Empresa en Crisis...” ob. cit. p. 20.

quita y espera, cuya finalidad es solucionar las dificultades sin acudir a un procedimiento judicial.

A favor de estos acuerdos, la doctrina suele esgrimir distintos argumentos, entre ellos:

- a) Cuando la situación financiera de una empresa puede degradarse rápidamente, deben establecerse mecanismos flexibles susceptibles de ser puestos en acción rápidamente por toda persona que tenga interés en ello, por cuanto una cuestión imperativa a considerar frente a la dificultad económica es la rapidez de la solución.
- b) La discreción o confidencialidad constituye el segundo imperativo en los acuerdos extrajudiciales, ya que la revelación de una situación de crisis pasajera, transitoria o secundaria podría precipitar la cesación de pagos como consecuencia de haberse provocado el pánico entre los trabajadores, los acreedores, y el mercado en general que desconfiando de la solvencia y capacidad de cumplimiento de la empresa no concertarán nuevos negocios.
- c) El acuerdo extrajudicial permite evitar, en interés de todos, la costosa y destructiva liquidación forzosa.

Aún en el supuesto hipotético de hacer realidad la flexibilidad, celeridad y la economía en la tramitación del proceso judicial, los acuerdos extrajudiciales continúan manteniendo numerosas ventajas por cuanto la doctrina sostiene que “incentivar estos acuerdos es beneficioso y que sería deseable que se instaurasen mecanismos que favorezcan, con los requisitos que se consideren convenientes, la consecución de acuerdos extrajudiciales o, poner otro límite, el cumplimiento judicial de los convenios”.⁴⁵²

Bajo el nombre de “acuerdo preventivo extrajudicial” la ley N° 24.522 regula una clase de acuerdo preconcursal regulado o formal, homologado judicialmente. Sólo para esta clase de acuerdo es necesario cumplir con los

⁴⁵² CANDELARIO MACÍAS, María Isabel – RODRÍGUEZ GRILLO, Luisa E: “La empresa en crisis – Derecho Actual” – Ediciones Ciudad Argentina 1.998. Con cita de RAMOS TORRE. “Derecho Concursal: las suspensiones de pagos”. JIMENEZ DE PARGA. “Rasgos esenciales del Anteproyecto de Ley reguladora del régimen concursal”. Actualidad Jurídica, 1.981, p.17.

requisitos formales de instrumentación y de presentación, mayorías, publicidad, y en consecuencia, solo el acuerdo preventivo extrajudicial homologado tiene legalmente mejorada la oponibilidad de los actos otorgados como consecuencia de éste, frente a los acreedores no participantes, en caso de ulterior quiebra del deudor de conformidad a lo previsto por el artículo 76.

La ley N° 25.589 reformó el Capítulo VII del Título II de la ley N° 24.522 de 1.995, reformulando el denominado Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE), dotándolo de nuevas características jurídicas que lo han convertido en una alternativa económico financiera muy importante para los deudores en crisis.

La referida ley, ha producido en nuestro país el redescubrimiento del concordato extrajudicial según la terminología que utilizara en su momento Alberti.⁴⁵³ En la práctica de los negocios esos acuerdos extrajudiciales o concordatos son conocidos con diversos nombres: acuerdos amigables, arreglos privados, clubes de bancos, acuerdos preconcursales o paraconcursales, etcétera.

Naturaleza jurídica

La terminología adoptada por la doctrina es una cuestión estrechamente vinculada a la naturaleza jurídica de este instituto, resultando ello esencial cuando debemos acudir a la integración normativa o a las reglas de interpretación, y a partir de allí disponer en forma criteriosa y equilibradamente, los principios e institutos que pueden aplicarse supletoriamente.

El abanico de posiciones ha oscilado desde lo contractual (Fargosi), contractual plurilateral atípico (Mármol), contrato o concordato judicial (Junyent Bas, Molina Sandoval, Monti, Villanueva), instituto paraconcursal (Lauletta), híbrido concursal (Dasso), o instituto concursal.

Naturaleza jurídica

<u>CONVENCIONAL</u>
Contrato
Contracto plurilateral atípico
Concordato judicial
Instituto paraconcursal
Híbrido concursal
Instituto concursal
<u>PROCESAL</u>

Se ha dicho que el instituto aparece en el campo de la autonomía privada para evitar la declaración de quiebra. El acuerdo extrajudicial es un instituto al que se recurre como remedio de naturaleza exclusivamente contractual contra la insolvencia y para evitar el empleo de los procedimientos concursales. El contenido del acuerdo extrajudicial puede ser remisorio, dilatorio, mixto, por cesión de bienes y otros y es el mismo que puede tener un acuerdo judicial. Como todo contrato, el acuerdo puede ser nulo, anulado, rescindido, resuelto etc.⁴⁵⁴

Escutti a su turno afirma que se trata de un contrato (artículos 1137 y 1197, 1199 y 1200 del Código Civil), que posee finalidad preventiva e intenta evitar un proceso jurisdiccional tradicional para la solución de la crisis económica o financiera del deudor.

En la posición opuesta se sostiene que la ley N° 25.589, al modificar sustancialmente el sistema de acuerdos preconcursales en Argentina, pretendió fortalecer este procedimiento de base extrajudicial, ya no como un

⁴⁵³ ALBERTI, Edgardo: "Redescubrimiento del Concordato Extrajudicial", L. L. 1981-D-1109.

⁴⁵⁴ RAMOS TORRE. "Derecho Concursal: las suspensiones de pagos". Cita tomada de CANDELARIO MACÍAS, María Isabel – RODRÍGUEZ GRILLO, Luisa E: "La empresa en crisis..." ob. cuçit. También JIMENEZ DE PARGA. "Rasgos esenciales del Anteproyecto de Ley reguladora del régimen concursal". Actualidad Jurídica, 1.981.

medio alternativo del concurso o la quiebra, sino como un instituto de aplicación central en la legislación concursal.⁴⁵⁵

Por su parte Raspall afirma que “es un subtipo concursal, y como tal, uno de los tres institutos concursales que regula la ley para el tratamiento de la preinsolvencia y de la insolvencia”; y que “... la doctrina concursalista se ha expedido mayoritariamente en este sentido, no obstante utilizar diversas denominaciones (instituto ‘para concursal’, instituto concursal, variante del concurso preventivo, subtipo o subespecie concursal), pero en definitiva reconociéndole al APE homologado, naturaleza concursal”.⁴⁵⁶

En apoyo de su postura, este autor refiere:

- La ubicación sistemática del instituto: el haber sido abordado dentro de la ley de concursos y quiebras, dentro del capítulo destinado al concurso preventivo; la remisión expresa a diversas normas del concurso preventivo y de la ley concursal; la competencia y requisitos de presentación; el régimen de mayorías, etc.
- El regular aspectos vinculados con la insolvencia o preinsolvencia: únicos que admitirían soluciones extremas de tipo colectivo con suspensión de ejecuciones e imposición de “mejor criterio” de las mayorías.
- La extensión de sus efectos a todos los acreedores quirografarios.
- La unicidad procesal que nace de la homologación: nulidad e incumplimiento y quiebra posterior.
- El hecho que la jurisprudencia ubique al APE como un instituto concursal lo que se concluye de las referencias explícitas de ya muchas y coincidentes resoluciones, por ejemplo permitiendo la aplicación del artículo 45 bis para la definición del voto de los bonistas, instituto propio del concurso preventivo, al cual la jurisprudencia ha utilizado también para el APE. La definición de su naturaleza jurídica como instituto concursal, le permitió al juez acceder a todo el marco normativo de la ley

⁴⁵⁵ DI TULLIO, José A.: “Concursos y quiebras. Ley. 25.589”, ED, 197-783.

⁴⁵⁶ RASPALL, Miguel Ángel: “APE: El régimen legal; defectos, virtudes y lo que nos ha enseñado”, Conferencia dictada en las Segundas Jornadas Interdisciplinarias de Derecho Concursal del Centro de la República Argentina. Panel: Acuerdo Preventivo. 25 y 26 de Agosto de 2.005.

Nº 24.522, con sus facultades oficiosas de dirección del proceso, y de control temprano del abuso o la discriminación y sus reclamadas y ejercidas facultades-deberes homologatorios. De mano de esta potestad se ha ejercido un férreo y severo control disponiendo entre otras medidas ampliación de datos, mejor información, conformación de sindicaturas o asesores ad-hoc, cautelares sobre el patrimonio, notificaciones, etc., pero sin desdeñar la enorme potencialidad que el APE encierra como medio de solución temprana y rápida de los conflictos o crisis prefalenciales.

No obstante advierte, que no debe confundírselo con el concurso preventivo, sino que es un instituto concursal negocial diferente y por ende, cuando se realiza la integración normativa para completar sus innumerables vacíos, debe respetarse su identidad e individualidad.

Sin agotar las notorias diferencias, advierte las siguientes:

- El presupuesto objetivo distinto, que arranca desde la preinsolvencia: dificultades económico-financieras de carácter general, y no cesación de pagos.
- Inexistencia de la sindicatura.
- Denuncia del pasivo por el deudor, sin control del órgano del proceso.
- La ausencia de dictámenes de auditoria externos (informe individual e informe general).
- Concertación del acuerdo fuera del ámbito jurisdiccional.
- La negociación sin exteriorización de propuestas.
- La libertad de contenidos y la inexigibilidad de categorización para el tratamiento diferenciado del pasivo.
- Inexistencia de órganos del control durante y luego del acuerdo.

Como explica Segal⁴⁵⁷ las crisis suelen producir “*turning point*”, y ello ha ocurrido en la Argentina del 2.002 cuando se proyectó en términos tan importantes que han llevado a la erosión de los conceptos o “ideologías” dominantes.

Presupuesto objetivo

La nueva norma legal regula como presupuesto objetivo del acuerdo preventivo extrajudicial la necesidad de que el deudor se encuentre en estado de cesación de pagos o tuviese dificultades económicas o financieras de carácter general (texto del Art. 69 de la ley N° 25.589).

Segal⁴⁵⁸ entendía que ambos conceptos resultaban asimilables al llamado *estado de crisis* o *crisis empresarial*, si bien reconocía que estas constituían expresiones ambiguas de menor precisión técnico-jurídicas.

En similar línea de pensamiento Alegría⁴⁵⁹ señalaba que la distinción entre el estado de cesación de pagos y las dificultades económicas y financieras de carácter general carecía de importancia práctica.

El jurista citado expresa que la inclusión de ambas locuciones en la ley N° 22.917 respondió a las dudas que mantenía la doctrina sobre la necesidad de que existiera o no estado de cesación de pagos para viabilizar este tipo de acuerdos extrajudiciales y, por ello, la ley quiso contemplar ambas situaciones.

Rouillón⁴⁶⁰ explicaba que las dificultades económicas y financieras de carácter general suponían una variante intermedia anterior a la definición de la insolvencia; una situación fronteriza que, muchas veces, era difícil distinguir, pero que indudablemente intenta viabilizar la posibilidad concordataria antes de que la afectación patrimonial se torne irreversible.

Al decir de Escutti el legislador mantiene la intención de motivar el "adelantamiento" el remedio judicial enfatizando la consigna de actuar cuando aparecen los primeros problemas económicos, en lugar de esperar hasta que se instale la situación de insolvencia.

No solo el estado de cesación de pagos, presupuesto de la apertura de los concursos, es presupuesto de los acuerdos preconcursales; también

⁴⁵⁷ SEGAL, Rubén: "Acuerdos preventivos extrajudiciales". Abeledo - Perrot, 1.998, p. 46.

⁴⁵⁸ SEGAL, Rubén: "Acuerdos preventivos..." ob. cit. p. 103.

⁴⁵⁹ ALEGRÍA, Hector: ob. cit., p. 269.

⁴⁶⁰ ROUILLÓN, Adolfo, "Los acuerdos preconcursales antes y después de la reforma de la ley 19.551 por la ley 22.917", J. A. 5416-19685, p. 1/55; también "Nueva etapa para los métodos alternativos para

lo son las dificultades económicas o financieras de carácter general. Estas últimas suelen caracterizar los estadios previos a la insolvencia, estados de crisis o “preinsolvencia”.

En esta línea la clave para actuar frente a una crisis empresarial es la información tempestiva de las dificultades económicas-financieras, saber como superarlas y finalmente tomar las decisiones correctas en el momento oportuno, lo que no es fácil en la Argentina de hoy ni en el pasado reciente.

En orden a la formulación del acuerdo preventivo extrajudicial deviene fundamental transformar la crisis empresarial en una oportunidad de saneamiento.

Sin embargo, como la única persona legitimada para la presentación es el deudor, bastará la confesión de encontrarse en esa situación de dificultades económicas o financieras de carácter general para considerar cumplido el presupuesto objetivo.

El viejo "acuerdo amigable" o “concordato extrajudicial” ha recorrido un largo camino y hoy se ha convertido en un instrumento jurídico apto para sustituir el concurso preventivo. En efecto parece ser, con todas sus imperfecciones regulativas, la forma apropiada para salidas en términos comparativos razonablemente eficientes. Es la vía encontrada por el legislador para evitar o aliviar costos, ganar tiempos para salir de la crisis y evitar desgastes jurisdiccionales inconducentes e históricamente ineficientes.

Evolución legislativa del A.P.E.

El Código de Comercio, en su artículo 1618, consideraba nulo todo concordato obtenido fuera de la junta de acreedores, aunque por lo general esto se entendía sólo aplicable a los acuerdos celebrados luego de abierto el proceso concursal.

la solución de la insolvencia”, en Derecho y Empresa nº 4, Revista de la Universidad Austral, 1.995, p. 210.

La ley N° 4.156 de 1.902 no reprodujo esta norma, por lo que, la doctrina⁴⁶¹ debatió sobre el alcance de los acuerdos extrajudiciales y su licitud. Su formulación dividía a la doctrina entre quienes sustentaban la posibilidad de su celebración en función de la autonomía de la voluntad, conforme al artículo 1197 del Código Civil y en el principio constitucional de permisividad de lo no prohibido contemplado por el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional, y quienes afirmaban el deber del deudor insolvente de acudir solamente a los medios legales establecidos por la legislación concursal, so pena de incurrir en conducta calificable como culpable.

Alegría⁴⁶² recuerda que el tratamiento legislativo de este tipo de acuerdos o concordatos extrajudiciales ha sido dispar, lo que no impidió que la doctrina los considerara y la práctica los utilizara con relativa frecuencia.

La ley N° 19.551 no contuvo regulación alguna de este instituto, pese a lo cual en la década de los '80 se utilizaron frecuentemente mediante los denominados "clubes de banco". La palabra "club" deriva de la referencia a una mesa "amigable y extrajudicial" de negociación, y el término "bancos" deviene de la circunstancia, constante histórica permanente, de que este tipo de instituciones son los acreedores más fuertes en los pasivos concursales y con quienes hay que renegociar.

Alegría⁴⁶³ expresa que esta modalidad se vio facilitada por disposiciones de la autoridad financiera e incluso por una ley que permitió la refinanciación de deuda de las que eran acreedoras las entidades del sistema.

Pero el derecho muchas veces nace impulsado por la realidad y aunque el derecho concursal no ha sido siempre sensible a las exigencias de los cambios económico sociales, pues se trata de un sector cuya reglamentación esta directamente vinculada al proceso y como tal al derecho judicial, y se encuentra plagado de operadores naturalmente reacios a las

⁴⁶¹ SEGAL, Rubén: "Acuerdos preventivos...", ob. cit. p. 55.

⁴⁶² ALEGRÍA, Héctor: "Notas sobre el acuerdo preventivo extrajudicial", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 10, Rubinzal-Culzoni, 1.996, p. 257.

⁴⁶³ ALEGRÍA, Héctor, ob. cit., p. 259.

modificaciones que no provengan de cambios legislativos fuertemente impulsados por el poder político o las exigencias de la realidad. Los cambios legislativos, sobre todo si son revolucionarios son “resistidos naturalmente”, a punto tal que Camara ha dicho que al jurista le cuesta aprender pero que mas le cuesta olvidar.

En el tópico del derecho de la crisis de la empresa ha sido honda la preocupación de los comercialistas en orden a la búsqueda y soluciones tutelares del crédito, de los acreedores, de la conservación de empresas viables y últimamente pese a su perfil han propiciado soluciones que aporten productividad y eficacia en las relaciones económico empresarias.

Cabe recordar que la legislación nacional no reguló hasta 1.983 los acuerdos preconcursales, pero éstos fueron conocidos con variedad de contenido y diverso alcance.

Es recién cuando se modifica la ley N° 19.551 mediante la ley N° 22.917, que en nuestra legislación toma carta de ciudadanía el acuerdo preventivo extrajudicial, de conformidad al texto del artículo 125-1 que admitió formalmente la validez de este tipo de convenio, denominado entonces acuerdo preconcursal.

Las características técnicas de dicha normativa o su éxito impidieron su exteriorización jurisprudencial.

La ley N° 24.522 reguló este tipo de convenio denominándolo como acuerdo preventivo extrajudicial en los artículos 69 a 76, hoy modificados por la ley N° 25.589.

En esta línea, Escutti sostiene que tampoco la ley N° 24.522 pudo otorgarle al acuerdo preventivo extrajudicial eficacia práctica o incentivar su uso generalizado por diversas razones. Pero el ordenamiento imponía para la homologación del concordato un régimen de mayorías absolutamente severo que exigía acuerdo de privilegiados y quirografarios. Además, los limitados efectos de la homologación no justificaban el esfuerzo de su formulación.

Hoy, la ley N° 25.589 –promulgada en mayo de 2.002- modifica diametralmente aspectos sustanciales del ordenamiento patentizando una nueva concepción, que ha revolucionado la vida del derecho en lo que al tema se refiere.

El acuerdo tiene libertad de contenido y de formas (artículos 70 y 71 de la ley concursal) y apunta en primer grado a la satisfacción del interés de los firmantes.

En este sentido se ha dicho que se trata de un régimen que consagra una excepción notable a la regla general de la inoponibilidad contractual consagrada por los artículos 1195 in fine y 1199 del Código Civil, al proyectar los efectos de un contrato a terceros que no participaron en la instrumentación del mismo.⁴⁶⁴

Ello sin perjuicio de señalar enfáticamente que en esencia no es muy distinto al sistema de actuación colectiva de diversos sujetos, bajo el nombre y la forma del secular concurso preventivo. En su momento se señaló -quizás como una consecuencia del apartamiento radical de la tradición y con el fin de evitar una eventual tacha de inconstitucionalidad- que correspondía exigir la mayor exactitud y completitud en la información requerida para la instrumentación de la figura del A.P.E y reconocer en el juzgador amplias facultades para homologar o no el acuerdo⁴⁶⁵, teniendo en cuenta que la no homologación no lleva a la quiebra.^{466 467}

Se remarcan las siguientes medidas, como las modificaciones de importancia que ha efectuado la ley:

⁴⁶⁴ MORELLO, Mario Augusto: "La expansión subjetiva de contratos y sentencias. A propósito de los APE y los procesos colectivos", Revista El Derecho, 17 de Marzo 2.005.

⁴⁶⁵ Confrontar: FARGOSI, Horacio: "Algunas notas sobre los acuerdos preventivos extrajudiciales", Revista LA LEY, Suplemento de Concursos y Quiebras, Junio 2.002; HEREDIA, Pablo: "El acuerdo preventivo extrajudicial según las reformas introducidas por la ley 25.589", JURISPRUDENCIA ARGENTINA, 2.002-III. fasc.10, 4/9/02, p.29)

⁴⁶⁶ Art.77 L.C.Q.; TRUFAT, Daniel: "El acuerdo Preventivo Extrajudicial", p. 103.

⁴⁶⁷ En efecto, la ley no prevé entre las causas determinantes de la declaración de quiebra, la no homologación del acuerdo preventivo extrajudicial. Así se determina: ARTICULO 77.- Casos. La quiebra debe ser declarada:

1) En los casos previstos por los Artículos 46, 47, 48, incisos 2) y 5), 51, 54, 61 y 63.

2) A pedido del acreedor.

3) A pedido del deudor

a) Los acreedores que no suscriban el acuerdo no conservan sus acciones individuales, dado que los efectos del acuerdo preventivo extrajudicial homologado se extienden a todos los acreedores quirografarios cuyos créditos se hayan originado por causa anterior a la presentación, aunque no hayan intervenido en el trámite.

b) La presentación del pedido de homologación del APE suspende todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor acuerdista en los términos del artículo 21 incisos. 2° y 3° de la ley concursal, estableciendo efectos semejantes a los previstos con motivo de la apertura del concurso preventivo.

c) Modificó el régimen de mayorías necesarias para la homologación, excluyendo del porcentaje del pasivo total a los créditos privilegiados, resultando computable sólo los quirografarios -mayoría absoluta de acreedores quirografarios que representen las dos terceras (2/3) partes del pasivo quirografario total-.

d) Se establece que los únicos acreedores que pueden oponerse al acuerdo son los denunciados y aquellos que demuestren sumariamente haber sido omitidos en el listado previsto en el artículo 72 inciso 2, y se redujo el plazo para formular oposiciones de quince (15) días a diez (10) días contados desde la última publicación de edictos.

Funciona como un fuerte conector entre el deudor en problemas y sus acreedores, para dar lugar a una estructura de negociación y al arribo de un común acuerdo. Los acreedores optan por renegociar y encontrar una vía más acelerada y simple para salir de una caída que puede perjudicar a ambos.

Han acudido al APE importantes grupos como ser Multicanal (Juzgado N° 4 – Secretaría 8), CableVisión (Juzgado N°11 – Secretaría 22), Banco Hipotecario (Juzgado N° 17- Secretaría 23) CTI Holding (Juzgado N° 14-Secretaría 27), entre otros.

A su turno, el APE ha pasado la dura prueba de su reconocimiento en el “primer mundo”. En referencia al precedente “Board of Directors of

Multicanal S.A. in a Proceeding Under Sección 304 of de Bankruptcy Code”, Muñoz de Toro y D’Aiello, afirman que la justicia de Nueva York reconoció los APE constituyendo un importante avance para los procesos de reestructuración de deuda privada.⁴⁶⁸

Sujetos y Causales:

Puede celebrar un acuerdo preventivo extrajudicial con sus acreedores:

- a) El deudor que se hallara en estado de cesación de pagos; en cuyo caso los sujetos legitimados son las personas físicas o jurídicas que pueden requerir concurso preventivo (artículos 2° y 5° de la ley concursal, texto según la ley N° 25.589).
- b) Cualquier deudor que se hallara en dificultades económicas de carácter general.
- c) Cualquier deudor que se hallara en dificultades financieras de carácter general.

La homologación del acuerdo:

La petición de homologación y el cumplimiento de requisitos legales:

Para la homologación del acuerdo se deben presentarse al juez competente conforme lo dispuesto en el artículo 3° de la ley concursal, los documentos suscriptos por los acreedores y el deudor, quien también debe acompañar debidamente certificados por contador público nacional ciertos instrumentos:

- a) Un estado de activo y pasivo actualizado a la fecha del instrumento, con indicación precisa de las normas seguidas para la valuación.

⁴⁶⁸ MUÑOZ de TORO, Fernando y D’AIELLO, Fabián: “La justicia de Nueva York reconoció los APE”, trabajo publicado en el sitio web del diario Clarín, cita tomada de “Reestructuración de deuda. A.P.E. y Suspensión de acciones” por José Di Tullio. Suplemento de Concursos y Quiebras. La Ley. 15 de diciembre de 2.004

b) Un listado de acreedores, con mención de sus domicilios, montos de los créditos, causas, vencimientos, codeudores, fiadores o terceros obligados y responsables.

c) Un listado de juicios o procesos administrativos en trámite precisando su radicación.

d) Enumerar precisamente los libros de comercio y de otra naturaleza que lleve el deudor, con expresión del último folio utilizado a la fecha del instrumento.

e) El monto del capital que representan los acreedores suscriptores del acuerdo, y el porcentaje que representan respecto de la totalidad de acreedores registrados del deudor.

La certificación del contador público debe dejar constancia de la inexistencia de otros acreedores registrados y detallar el respaldo contable y documental de su afirmación; en una palabra el texto legal apunta a la certificación contable adecuada para determinar la existencia de las mayorías exigidas por la ley para la homologación del acuerdo.

Respecto de los requisitos formales, particularmente el referido a de los libros de comercio se han planteado una serie de controversias al momento de la sanción de la nueva ley, y posteriormente un análisis en sede judicial que terminó por sentar una suerte de estándar acerca de la información que el deudor debe brindar.

La polémica ha girado, principalmente, en torno al deudor <persona física> cuya contabilidad no es regular.

En el contexto del texto originario de la ley N° 24.522, Rouillón, negaba la posibilidad de que este mecanismo se aplicara a deudores sin sistemas contables que permitieran dictamen de contador; luego de la reforma de la ley N° 25.589 dicho autor señala que para obtener un acuerdo preventivo extrajudicial con los efectos del artículo 76 las personas que lleven alguna clase de registración contable que haga posible dictamen de

contador⁴⁶⁹. Por su parte Alegría, propugnaba la aplicación de este instituto, haciendo una interpretación extensiva del proceso concursal ordinario y la posibilidad de que sujetos no comerciantes o con rudimentaria contabilidad o aun nula, estuvieran habilitados a recurrir a esta figura; esgrimió que las sociedades civiles e irregulares, y aun quienes estando compelidos a llevar contabilidad no la hubieran llevado o la hubieran llevado irregularmente acudieran al concurso preventivo⁴⁷⁰; en definitiva señalaba que no podría ser óbice que un deudor con contabilidad irregular o nula aprovechara los beneficios de los acuerdos preventivos judiciales.

Los tribunales no han sido ajenos a esta importante cuestión. Pero más allá de las circunstancias fácticas del caso concreto, la jueza del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Nacional, María Uzal se pronunció en el sentido siguiente, *“...el acuerdo preventivo extrajudicial homologable no es una alternativa permitidas en situaciones como la de la deudora que se presenta en autos, persona física sin ningún tipo de registración contable. Ello sin perjuicio de la posibilidad de que ésta formalice el acuerdo con sus acreedores como acuerdo preconcursal simple no homologable con alcance de respecto de los acreedores que han participado en él o, de ocurrir a la vía del concurso preventivo que la legislación también le habilita.”*

El control jurisdiccional.

Debe interpretarse la ya referida libertad de contenido en consonancia con las amplísimas atribuciones del juez que, por su parte, tiene una obligación inexcusable de realizar el control de licitud, legalidad formal y sustancial del acuerdo, que debe ejercer su *imperium* sin mayores obstáculos; y que en caso de considerar una presentación, una propuesta o un acuerdo de carácter abusivos el juez podrá rechazarlos sin dilaciones o condicionarlos.

⁴⁶⁹ ROUILLÓN, Adolfo: “Régimen de concursos y quiebras”, 13 Edición actualizada y ampliada, Astrea, Bs As. 2.004, p. 163.

Podemos citar en este sentido que en *Acindar, Industria Argentina de Aceros S.A. s/ Acuerdo Preventivo Extrajudicial*, fue muy elocuente el juez de primera instancia Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Comercial N° 09 al disponer que “...Con tales aclaraciones corresponde concluir que, en los términos en que fuera efectuada la propuesta, ésta no se encuentra en condiciones de ser homologada sin más, dado que es abusiva en los términos del Art. 52:4 de la ley 24.522, modificada por la ley 25.589.”

En el caso “*Menzildjian de Pellegrini, Ángela s/ acuerdo preventivo judicial*” la Jueza María E. Uzal titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 26, rechazó *in limine* la homologación por entender que en el caso particular, el deudor persona física sin ningún tipo de registración contable quería beneficiarse del instituto en aras de perjudicar a su principal acreedor, un banco local. De acuerdo con lo expresado por la jueza, en el caso: el peticionante no denunció su calidad de comerciante; omitió alusión alguna respecto de su actividad laboral, oficio o profesión y ni si quiera mencionó de donde provenían sus ingresos; sencillamente se limitó a esbozar a grandes rasgos que se encontraba en dificultades económicas-financieras con causa fuente a “una serie de obligaciones”, las cuales desde luego no habrían sido detalladas tampoco; se atuvo simplemente a describir algunas obligaciones contraídas, en apariencia, en carácter de codeudora de una industria familiar dedicada a la marroquinería; y presentó la certificación de su estado patrimonial efectuada por contador público sólo en base a constancias exhibidas por propia deudora. Resulta **sospechoso** dice la jueza, **que el único acreedor que no ha prestado su conformidad sería en banco**, el que casualmente, también ha sido el único respecto se lo registraba entre los juicios declarados como promovidos contra la deudora.⁴⁷¹ **Así planteados los hechos y el derecho,**

⁴⁷⁰ ALEGRÍA Héctor: “Notas sobre el acuerdo...”. Ob. cit., p. 266.

⁴⁷¹ Se observan tres obligaciones principales en las que se comparte el carácter de codeudora con su hermana las cuales, a su vez, no parecen tener correspondencia con el objeto principal de la industria a la que se alude, a saber: El Banco del Suquía; una casa de fotografía publicitaria; y un prestamista privado. Asimismo, se destacan deudas por servicios de instrumental médico; materiales de

es posible vislumbrar una clara intención de abusar de un instituto (ape), tergiversando su causa fin para perjudicar al acreedor principal, sostuvo acertadamente la jueza en fallo que rechazó *“in limine”* una presentación pidiendo la homologación de un acuerdo celebrado extrajudicialmente y que fuera comentado favorablemente por la doctrina.⁴⁷²

La decisión judicial de apertura del procedimiento y sus efectos.

Ya hemos señalado las amplísimas atribuciones de los jueces para analizar las presentaciones efectuadas por el deudor y la posibilidad de rechazar *in limine* los requerimientos homologatorios si fuere del caso y se advirtiere una presentación que pretendiere abusar el proceso en general y de las normas del A.P.E en particular.

La decisión de dar trámite al pedido de homologación tiene importantes consecuencias conforme la actual legislación. En efecto, la presentación permite la suspensión de las acciones de contenido patrimonial en contra del deudor.

La regulación instaurada por la ley N° 25.589 se alejó ciertamente del artículo 69 de la ley N° 24.522; ésta reservaba las acciones individuales para aquellos acreedores que se mantenían fuera del acuerdo pudiendo efectivizar su derecho de la forma que lo creyeran conveniente.

La nueva legislación prevé que desde el momento de presentación del pedido de homologación del acuerdo preventivo extrajudicial para su homologación, quedan suspendidas todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor, en los términos previstos en el artículo 21, incisos. 2 y 3 (artículo 72).

Se presenta el interrogante acerca de esta medida, particularmente de cuando empieza a surtir efectos, cuando finaliza y eventuales efectos ulteriores.

construcción y de decoración; dirección de obra; alquiler de equipos y curiosos gastos por asesoramiento jurídico y contable.

⁴⁷² Truffat y Barreiro lo hicieron en nota en un prestigioso diario jurídico.

Muchos han llegado a sostener la suspensión automática de acciones en una interpretación literal de la norma, y operaba desde el propio momento de la presentación de la solicitud de homologación del APE, sin que fuera necesaria decisión judicial alguna que la oficializara y sin que dependiera del cumplimiento de las exigencias formales previstas en los distintos incisos del artículo 72. Otros, en cambio lo consideraron inadmisibile, basta pensar lo que ocurre con los actos que la ley declara como ineficaces de pleno derecho ciertos actos (artículo 118 de la LC).

Una interpretación más prudente sostiene que una presentación incompleta o *ab initio* improponible no debiera generar por sí misma efectos de tal magnitud sin un juicio previo de admisibilidad de parte del tribunal. Así se concluye que el efecto suspensivo opera recién a partir del momento en que el juez despacha la publicación de edictos que hace saber de la presentación del acuerdo preventivo extrajudicial pues ella importa una suerte de admisión del trámite.⁴⁷³

La publicación de edictos.

A pesar de la laguna y de la amplia discrecionalidad con la que se dota a los magistrados ante esta ausencia legislativa, en gran parte de los casos la suspensión de los efectos se ha ordenado a partir de la publicación de edictos hasta el momento de la homologación, alcanzando a los pedidos de quiebra.

La presentación del acuerdo debe ser hecha conocer mediante edictos por cinco (5) días en el diario de publicaciones legales y en un diario de gran circulación (artículo 74).

Aunque resulte extraño, también se han suscitado algunas controversias respecto de la publicación edictal. Esto se debe, en gran medida, a la intervención de diferentes plazas, particularmente en empresas cuya colocación de títulos tiene lugar en múltiples mercados. Así en el APE

⁴⁷³ ORCHANSKY, Sebastián y FERNANDEZ SAIZ, Pablo: "Acuerdo preventivo extrajudicial, comentario al precedente Casa Petrini SACIFI s/acuerdo preventivo extrajudicial s/ homologación", del 16/5/2.002. La Ley, 2.003-A, 739.- También, RIVERA, Julio C.: "Instituciones de Derecho Concursal",

de Acindar S.A los acreedores habían cuestionado los requisitos técnicos de este, en primer término, en cuanto al lugar en el que se publicaron los edictos que anoticiaron la existencia de este procedimiento toda vez que no fueron publicados en el Estado de New York, EEUU, lo que consideraron erróneo por ser uno de los lugares de pago pactados en el contrato de emisión de las obligaciones negociables de las que son tenedores. Sin embargo, esta objeción fue acogida favorablemente por cuanto la ley concursal expresamente señala los edictos deben ser publicados en el lugar donde la deudor posea establecimientos y no en el "lugar de pago" de sus obligaciones (artículo 74 de la ley concursal).⁴⁷⁴

Suspensión de Acciones.

La doctrina se ha pronunciado en diferentes -e incluso divergentes- posturas.

Alegría, sostiene que la suspensión de acciones de contenido patrimonial se debe mantener sólo hasta que se homologue o rechace la petición; después se estará al acuerdo para los que estén comprendidos en aquél.⁴⁷⁵

Heredia, presenta una postura un tanto distinta, pues sostiene que al momento de ser homologado el acuerdo, los acreedores recuperan el ejercicio de su acción individual, pero en la medida prevista en el APE homologado. En caso de ser rechazado el APE, caduca la suspensión y los acreedores recuperarán sus acciones. Distingue a su vez entre una recuperación de acciones plena y una limitada; será plena para aquellos acreedores que hayan condicionado su participación a la eficacia de la pretendida homologación, y limitada, para quienes no hayan hecho tal

t.I p. 552, 2º ed. Actualizada. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.003.- y, TRUFFAT, Daniel: "El nuevo acuerdo preventivo extrajudicial. Ley 25.589", Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2.002. p. 47.

⁴⁷⁴ "A todo evento, cabe señalar que la mentada publicidad adicional, de todas formas, tuvo lugar no solo donde propusieron los impugnantes (Nueva York), sino en otras ciudades extranjeras (Zurich, Londres, Paris, Frankfurt, Tokio, Los Ángeles, Suecia, Madrid y Hong Kong) en la oportunidad de ser publicados los avisos dando a conocer la asamblea de obligacionistas llevada a cabo el 26/4/04". Acindar Industria Argentina de Aceros S.As/ Acuerdo Preventivo Extrajudicial, Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Comercial Nº 09.

⁴⁷⁵ ALEGRÍA, Héctor: "Nueva reforma a la ley Concursos y Quiebras (ley 25.589)" cit., p. 18.

reserva, en donde el acreedor queda sujeto a un acuerdo particular con el deudor.⁴⁷⁶

Al expresar el artículo 72 *in fine* la suspensión de acciones de contenido patrimonial remite al artículo 21 inciso 2° y 3°, ⁴⁷⁷ nos sitúa ante un dilema interpretativo. Es sabido que este proceso, a diferencia del concurso, no cuenta con la verificación de créditos, razón por la cual no puede hacerse una remisión literal. Para algunos autores, ⁴⁷⁸ esto significaría restringir la suspensión de garantías reales a los actos ejecutorios específicos antes de la iniciación de la publicación de edictos prevista por el artículo 74 de la ley, y de manera plena hasta que se resuelva lo atinente a la homologación de dicho acuerdo.

Otros autores, consideran inaplicables el artículo 21, inciso 2° y postulan la aplicación del 24 LCQ. Esta norma fija una suerte de remedio para los casos de emergencia en el concurso en donde el juez está facultado a ordenar la suspensión de remates y de las medidas cautelares.

Di Tullio sostiene que la suspensión debe extenderse "*sine die*", y sólo deberá mantenerse hasta el dictado de la resolución que homologue el acuerdo extrajudicial o en su caso la que deniegue la petición o la que tenga por desistida la presentación. Frente al rechazo cabe diferenciar si la homologación se previó como condición de eficacia del acuerdo, supuesto en el que el recupero de las acciones individuales será pleno; pero si no se sujetó la suerte del acuerdo a la homologación, por imperio del artículo 1197

⁴⁷⁶ HEREDIA, Pablo: "El acuerdo extrajudicial, según las reformas introducidas por la ley 25589" Ed. Lexis Nexis. Septiembre de 2.002.

⁴⁷⁷ ARTICULO 21.- "La apertura del concurso preventivo produce: [...] 2) Quedan excluidos de la radicación ante el Juez del concurso los procesos de expropiación y los que se funden en las relaciones de familia. Las ejecuciones de garantías reales se suspenden, o no podrán deducirse, hasta tanto se haya presentado el pedido de verificación respectivo; si no se inició la publicación o no se presentó la ratificación prevista en los artículos 6 a 8, solamente se suspenden los actos de ejecución forzada.3) La prohibición de deducir nuevas acciones de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a la presentación, excepto las que no sean susceptibles de suspensión según el inciso 1. ..."

⁴⁷⁸ HEREDIA, Pablo: "El acuerdo extrajudicial, según las reformas..." ob. cit.

del Código Civil los suscriptores quedarán obligados en los términos del convenio privado⁴⁷⁹

Las mayorías necesarias para la homologación.

Para que sea viable la homologación es necesario el “acuerdo” de la mayoría absoluta de los acreedores quirografarios que representan las dos terceras (2/3) partes del pasivo conforme se encuentra establecido en el artículo 73. Este acápite, es uno de los que ha suscitado mayor cantidad -y con acentuada profundidad- de discusiones, generando una serie controvertidas oposiciones.

Es necesario para un correcto y completo abordaje hacer análisis sistemático del mismo. Tal como se desprende del mismo texto de la norma, se advierte que el sistema de mayorías tiene como base de cálculo *únicamente*, a los créditos quirografarios. Este es uno de los grandes cambios de la Ley N° 25.589, pues en el plexo legal anterior, se exigía que la base del cómputo se efectuara sobre el *total* del pasivo; esto es, quirografarios y privilegiados lo que claramente terminaba obstaculizando su aplicación. Se hace extensivo, obviamente todo lo dispuesto en el precepto del artículo 45 con sus mandatos y excepciones.

Parece a simple vista un tema menor pero a medida que uno se va adentrando en su análisis las complicaciones comienzan a aflorar. En este orden de ideas, los problemas más complicados se centran en torno a los acreedores, cuyo crédito tiene como causa los títulos emitidos en serie, particularmente cuando se trata de obligaciones negociables emitidas en el exterior.

La Ley de Obligaciones Negociables (LON), por remisión a la Ley de Sociedades (LS), exige la conformidad unánime para que se produzca un cambio en las condiciones fundamentales de la emisión. Por su parte, la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) estipula un régimen de voto en el caso de

⁴⁷⁹ DI TULLIO, José: “Reestructuración de deuda. A.P.E. y Suspensión de acciones”. Suplemento de Concursos y Quiebras. La Ley. 15 de diciembre de 2.004.

títulos emitidos en serie que no se condice con la normativa citada *ut supra*, desde que establece un régimen de mayorías. Esto nos enfrenta al viejo dilema interpretativo de la aplicación en concreto ante una superposición regulatoria.

La jurisprudencia no ha sido ajena a esta problemática, marcándose una corriente que propugna la aplicación de la ley concursal. El concurso preventivo de Sociedad Comercial del Plata,⁴⁸⁰ ha sido el puntapié inicial a lo que hoy se identifica con esta doctrina de peso propio. En Multicanal,⁴⁸¹ al introducirse este cuestionamiento, el magistrado adhirió a esta corriente, soslayando su postura en que “la más importante diferencia entre tales regímenes se encuentra en que la LON y la LS son de aplicación en situaciones *in bonis* y no de crisis patrimonial como sucede con la LCQ. Justamente, por este motivo se produce un desplazamiento de aquella regulación (vinculada al contrato de fideicomiso) por causa de la crisis. Es así como emerge la normativa concursal que por motivo de la crisis posee carácter preeminente.” Considera así que la LCQ, en ausencia de regla específica, prevalece sobre normas generales como la LON: 14 y la LS: 354. Agrega que “Tratándose de un proceso de mayorías tanto el acuerdo preventivo extrajudicial como los restantes procedimientos concursales, el régimen previsto por la LCQ a este respecto deviene imprescindible. Y con ello, aún cuando se tratase de acreedores enrolados en una “*especialísima categoría del ahorro público*”, o de consumidores financieros “*vigilados*” por el Estado Nacional a través de la Comisión Nacional de Valores -como se los ha calificado- lo cierto es que la LCQ prevalece por sobre esos casos. No se trata, contrariamente a lo sostenido en este aspecto, de una situación de privilegio exenta de los avatares generales del resto de la ciudadanía. ”

⁴⁸⁰ “Sociedad Comercial del Plata S.A s/ concurso preventivo” Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Comercial n° 15, Secretaría 29.

⁴⁸¹ “Multicanal S.A. s/Acuerdo Preventivo Extrajudicial” Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Comercial N° 4, Secretaría 8.

Por otra parte, en el caso de Autopistas del Sol⁴⁸² se boga por el régimen de mayorías, pues entiende que en APE carecería de sentido en caso de exigirse la unanimidad pues bastaría tan sólo con celebrar un contrato plurilateral con sus acreedores. En efecto, se dice, sin más, que el “ape es un negocio de mayorías: esa es su característica distintiva, la que la tipifica frente a los demás contratos”. Esto sin perjuicio de estimar, en dicho caso, improcedente el reclamo que tacha de inconstitucional el mecanismo, pues aun cuando los votos personales no se computaren según el 45 bis, el resultado no variaría.

Incursionando en el mecanismo de convocatoria a Asamblea, el concurso de Sociedad del Plata sentó precedente descartando la propuesta del fiduciario de utilizar el natural del procedimiento de “depósito colectivo”.

Mediante este último, el consenso sería recogido en base a un procedimiento iniciado en la aceptación o rechazo en un formulario, que se entregaría a un agente y a la postre al fiduciario, quien debe en última instancia votar. Dicho procedimiento fue desestimado, por entender como “obligatorio” el método de convocar a asamblea de obligacionistas según lo dispuesto en el artículo 45 bis, salvo desde luego, que en el mismo contrato de fideicomiso medie pacto o disposición en contrario.⁴⁸³ El tribunal ordenó a los obligacionistas a convocar a asamblea previa publicación de edictos tanto en Argentina como en el Extranjero. Esta asamblea estaría presidida por el fiduciario y contaría con la participación del síndico y como condición para asistir a la misma, figurar inscripto en un registro que llevaría la deudora y con la pertinente supervisión de la sindicatura.

En el caso de Multicanal, la situación fue relativamente diferente pues fue la misma emisora la que solicitó al tribunal la convocatoria a la asamblea, pretendiendo también que se realizaran las publicaciones correspondientes en los distintos lugares del mundo en donde se habrían realizados ofertas

⁴⁸² “Autopistas del Sol s/Acuerdo preventivo extrajudicial”. Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Comercial n° 17, Secretaría n° 33.

⁴⁸³ WETZLER MALBRÁN, G.: “Las Obligaciones Negociables y los procesos concursales” agosto de 2.004, Ed. La Ley, pág. 5.

públicas con la pertinente autorización para llevarla a cabo. El tribunal ante la inacción por parte del fiduciario y ante el llamado a expedirse al respecto, así lo hizo en uso de las atribuciones que la LCQ confieren (artículos 274 y 278): Se llevó a cabo hubo convocatoria tal cual lo autoriza la ley, ordenada por el tribunal transmitiendo los datos esenciales y los recaudos para la asistencia a dicha asamblea.

Esta manera de proceder fue sometida a duras críticas y oposiciones, especialmente por parte de quienes en aras de entorpecer el procedimiento concordatario, objetaron hasta al último detalle, terminando por estropear todo principio de celeridad y economía procesal que debe signar este tipo de procedimientos. No obstante, todas las quejas fueron desestimadas, aduciendo entre otras cuestiones que “en ese momento el fiduciario no reivindicó su facultad para convocar a la asamblea y consintió y puso en práctica lo decidido al respecto.”⁴⁸⁴

En el APE de Acindar los presupuestos fácticos fueron distintos. En esta oportunidad la presentante solicitó al tribunal la prescindencia de la Asamblea pues al contar al momento de la presentación con las mayorías de capital y personas, su celebración desembocaría en una excesiva solemnidad que dilataría la reestructuración. Este pedido fue desestimado por el tribunal quien ordenó la misma y se estableció como condición que su celebración se acreditara antes de la resolución que se expidiera sobre la homologación.

Respecto del cómputo de las mayorías, pese a la cantidad de oposiciones que se han presentado en la vasta mayoría de los casos, la jurisprudencia ha tomado una postura en un sentido uniforme juzgando que a los efectos de computarse las mayorías se contarán únicamente los votos de los titelistas asistentes a la asamblea y se expidan ya sea en sentido positivo o negativo, excluyendo a los ausentes o abstenidos a votar. Esta interpretación está fundamentada en una inteligencia de artículo 45 bis,

⁴⁸⁴ “Multicanal S.A. s/ Acuerdo Preventivo Extrajudicial” Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Comercial n° 4, Secretaría 8.

segundo inciso, que dice: “los participantes” y la posterior expresión de “la aceptación o rechazo”. Se infiere por exclusión respectivamente, que ausentes no deben ser tenidos en cuenta así como tampoco quienes no hayan emitido expresamente su voluntad es decir, los abstenidos.

Tal como se expresara con anterioridad, fue en el caso de Sociedad del Plata en donde se comenzó con esta línea interpretativa señalando que *“una solución contraria podría llevar al fracaso del concurso preventivo, por el sólo hecho de que muchos de los bonistas involucrados residan en otros países y no tengan siquiera noticia del procedimiento que aquí se desenvuelve”*.

En Multicanal por su parte, se arriba la misma decisión, pese a las fuertes oposiciones expidiéndose el tribunal: *“A la luz de lo expuesto, del texto legal deriva la consecuencia lógica: la base del cómputo para determinar si se obtuvo la mayoría de los votos al hablarse de “participantes” es, precisamente, la de los votos presentes y que, sumado a ello, puedan expresarse en la respectiva decisión”*.

Queda por analizar el desdoblamiento de votos que puede efectuarse según lo prescripto por el inciso sexto el artículo 45 bis, previendo la posibilidad que el fiduciario decida hacer uso de la facultad de desdoblar su voto. Desde luego que este procedimiento sólo puede tener lugar en casos donde se haga uso del sistema de depósito colectivo. De esta manera, se computará como aceptación por el capital de los beneficiarios que hayan expresado su conformidad con la propuesta de acuerdo al método previsto en el fideicomiso o en la ley que le resulte aplicable; y como rechazo por el resto. Se computará en la mayoría de personas como una aceptación y una negativa.

Como es de entenderse, el desdoblamiento de votos sólo puede tener lugar en los sistemas de depósito colectivo, en los cuales se recolectan los votos en cabeza de un representante. No cabría otra posibilidad, pues en una asamblea en la cual los beneficiarios manifestaran su voluntad individualmente el desdoblamiento no tendría razón de ser.

Cabe al respecto hacer una breve digresión acerca de la instrumentación de las obligaciones negociable y los correlativos sujetos intervinientes y, consecuentemente, la posibilidad de desdoblamiento de votos por parte de los “*participants*”.

Las obligaciones negociables pueden emitirse en títulos individuales o en títulos globales representativos del total de la deuda; en el primero de los casos, se entrega a los inversores, que de esta manera financian a la emisora y en el segundo queda custodiado en un sistema de clearing y se entrega a los obligacionistas un comprobante; en este último supuesto debemos distinguir entre “*participants*” y “*beneficiarios*”. Los *participants* son bancos o entidades financieras que intervienen en el sistema de depósito colectivo, y los beneficiarios, son aquellos quienes se verán beneficiados en última instancia amén de los títulos. En virtud de este carácter de intervención que gozan los *participants*, en la cual habrá ciertos beneficiarios que estén a favor de la aceptación de la propuesta y quienes estén en contra, parte de la doctrina entiende que es razonable que se permita a los *participants* el desdoblamiento de votos instruido en ley para los fiduciarios, aún sin la necesidad de identificar a los beneficiarios finales.⁴⁸⁵

El régimen de oposiciones.

Reza el nuevo artículo 75 LCQ que podrán oponerse al acuerdo los acreedores denunciados y aquellos que demuestren sumariamente haber sido omitidos en el listado previsto en el inciso 2 del artículo 72. La oposición deberá presentarse dentro de los diez (10) días posteriores a la última publicación de edictos, y podrá fundarse solamente en omisiones o exageraciones del activo o pasivo o la inexistencia de la mayoría exigida por el artículo 73. De ser necesario se abrirá a prueba por diez (10) días y el juez resolverá dentro de los diez (10) días posteriores a la finalización del período probatorio.

⁴⁸⁵ WETZLER MALBRÁN, G.: “Las Obligaciones Negociables...”, ob. cit., p. 7.

Si estuvieren cumplidos los requisitos legales y no mediaran oposiciones, el juez homologará el acuerdo. De la letra de la ley se desprende que los sujetos legitimados se dividen esencialmente en 2 clases; Acreedores denunciados y no denunciados, subordinados éstos últimos a una serie de condiciones. No existe discriminación alguna respecto del tipo de créditos, basta con que la acreencia ponga en riesgo al acreedor de ser alcanzado por los efectos del artículo 76.

Los acreedores denunciados son aquellos que figuran en el listado exigido por el mismo artículo 72, debidamente certificado por contador público nacional y no haría falta otro requisito más que este. En efecto, se plantea en este contexto que se trate de un acreedor que adhiera a la propuesta y que luego se oponga a la misma. Durante la vigencia de la ley anterior, este tema se encontraba salvado por omisión pues se excluía a quienes se encontraran comprendidos en el acuerdo. En su momento, parte de la doctrina confirmaba la voluntad legislativa esgrimiendo que no podía encontrarse legitimación para oponerse en quienes habían adherido previamente. Disentían con aquella interpretación, quienes sostenían que “la recordada doctrina de los propios actos deja de tener razonable operatividad cuando desaparecen las condiciones objetivas en cuya existencia confió en sujeto al otorgar el acto”.⁴⁸⁶ Se modera la interpretación siguiendo a Alegría admitiendo la oposición por parte de los acreedores firmantes en los supuestos en que haya operado caducidad sobre la conformidad en virtud de la expiración del plazo o de una condición a la cual se haya encontrado sujeto. También prevé la hipótesis que los acreedores invoquen y acrediten sumariamente que la voluntad de aceptación expresada en el acuerdo se encuentre viciada, y por tanto, el acto es nulo. Varios autores siguen este lineamiento con sutiles cambios que no ameritan una exhaustiva y sobreabundante ejemplificación.⁴⁸⁷

⁴⁸⁶ HEREDIA, Pablo: “El acuerdo extrajudicial, según ...”. Ob. cit., p. 26.

⁴⁸⁷ TRUFFAT, Daniel: “El nuevo acuerdo ...” ob. cit., p. 95.

⁴⁸⁷ GRISPO, J. y BALBÍN, S.: “Acuerdo preventivo y concursamiento posterior” Septiembre de 2.002, Ed. El Derecho, p.2.

Por su parte, la legitimación para oponerse de aquellos acreedores que no se encuentran en la nómina se encuentra subordinada a una comprobación sumaria de su crédito. Desde luego que la acreditación del crédito excede la mera prueba de su existencia, sino su actual exigibilidad.

Pero, ¿Qué entendemos por exigibilidad?

Heredia, por ejemplo, entiende que debe ser lo suficientemente clara como para que el juez acepte *prima facie* la legitimación del caso. Para regirse, hace una aplicación analógica del artículo 83 LCQ, sugiriendo que la acreditación del crédito debe ser igual a la necesaria a aquella requerida para pedir la quiebra.

¿Y que ocurre con los créditos litigiosos? Si bien su efectividad está en discusión, ello no lo inhabilita para una eventual oposición a un acuerdo de este tipo. En efecto, en el APE de Multicanal hubo un planteo del tipo. En dicha ocasión uno de los acreedores omitidos, funda la oposición en que omisión de denunciar su crédito -siquiera como litigioso- es un fraude contable que pesa tanto sobre el activo (donde la tenencia accionaria no se registra) cuanto sobre el pasivo (por no registrar lo debido por la compraventa).⁴⁸⁸ Multicanal, a su vez contestó postulando la falta de legitimación del Sr. Menocchio para oponerse al acuerdo arguyendo que no se trataba de acreedor por cuanto la propia existencia del crédito que invocaba estaba siendo debatida en sede judicial. La cuestión del “abuso” fue resuelta sin más, exculpando a Multicanal fundándose en que al momento de la presentación, la emisora presentó una nota referida a la “Adquisición de sistemas de cable en la República de Paraguay” en referencia a los Estados Contables en donde claramente se explicó la operatoria comercial así como la existencia del pleito radicado en la justicia del país vecino. Restaba solamente resolver el conflicto que giraba en torno a esta cuestión entonces el alcance de la legitimidad y exigibilidad.

⁴⁸⁸ Oposición del Sr Menocchio, L., en “Multicanal S.A. s/ Acuerdo Preventivo Extrajudicial” Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Comercial n° 4.

El magistrado dijo hacerse cargo que “la falencia de la ley podría llegar a determinar que un acreedor omitido y de carácter litigioso -de poseer suficiente envergadura- podría llegar a ser causal para no homologar el acuerdo. Piénsese en un crédito, bien que litigioso, que superara por su monto el resto del pasivo”. Pero tal no era el caso de autos, donde el monto del juicio representaba dentro del pasivo total respecto “cerca” del uno por ciento (1%).

El **plazo** para deducir las oposiciones es de diez (10) días hábiles posteriores a la última publicación de edictos, a los cuales puede aplicarse lo dispuesto por el 124 CPCCN y concordantes. Fuera de este plazo, las oposiciones deben ser desestimadas y proceder a la homologación.

Las **causales** de oposición surgen de la ley y son dos:

1. Omisiones o exageraciones del activo o pasivo.
2. Inexistencia de mayoría exigida por el artículo 73 LCQ.

Existe exageración en el pasivo cuando el deudor denuncia deudas inexistentes o existentes pero por montos superiores a los reales y omisión, precisamente a la inversa.

En cuanto al activo, su omisión u exageración adquiere relevancia cuando éstos, plausiblemente, hayan influido en la voluntad de los apistas al momento de prestar su consentimiento, basándose en una solvencia en apariencia más importante que la real.

En opinión de Alegría⁴⁸⁹ tanto la omisión como la exageración constituyen motivos de oposición reconociendo dos requisitos, a saber: a) ser imputables al deudor, esto es; hechos que puedan haber caído bajo el conocimiento del deudor antes de la presentación del APE, y b) deben ser de una entidad tal que de haberse computado, se entienda que las conformidades no hubieran sido otorgadas de tal manera, o lo habrían hecho en condiciones sustancialmente distintas.

Estas son consideraciones que no deben dejarse de lado, y que en efecto han tenido resonancia en los últimos grandes apes. En el caso de

Sideco, una de las oposiciones planteaba un fraude contable, en razón de un crédito en discusión en sede judicial. La justicia laboral, a quien recurriera el interesado en primer término, decidió su rechazo por resolución que adquirió firmeza, y a la postre, se interpuso nueva demanda en el Fuero Nacional en lo Civil; lo que claramente no enerva convicción plena el mero hecho de la interposición. Dicha objeción se estimó “carente de andamiaje” a poco que se verifique en que no existió obligación de la recepción en libros del crédito eventual por –entre otra razones- haberse puesto de relieve la situación litigiosa imperante al tiempo de la presentación del ape [...].

En tal orden de ideas se dijo que, “lejos de advertirse una omisión y actitud dolosa, cabe reputarlo ajustado a los antecedentes que lo preceden sin que resulte factible en esta instancia expedirse en derecho, máxime si se considera que la causa civil fue anoticiada incluso con posterioridad a la presentación del APE (artículo 75 primer párrafo, L.C.)”.

Similar consideración respecto del conocimiento, dolo e importancia de la omisión se debatió en Acindar: Aquí la omisión se suscitaba por haberse operado un aparente "cambio de control" del paquete accionario de la presentante. El contrato de fideicomiso, estipulaba en una sección que ante un cambio de control los obligacionistas tienen el derecho de exigir la recompra de su tenencia al 101% del valor más los intereses devengados e impagos. Sin embargo, discrepó en dos puntos, a saber: a) que se haya configurado el mentado cambio de control y b) que la diferencia resulte relevante a la hora de formular el cómputo de las mayorías legales. Al respecto cabe señalar que al momento en que se emitieron las obligaciones negociables obligatoriamente convertibles, así como a la época en la que se llevó a cabo la presentación de este acuerdo preventivo extrajudicial no se podía conocer la efectiva composición accionaria final por cuanto estas cotizan mediante oferta pública y su tenencia puede variar hasta el momento en que deban ser convertidas. Asimismo, la deudora proporciono la

⁴⁸⁹ GRISPO, J.: “Acuerdo Preventivo extrajudicial”. Ed. La Ley 07/03/03.

información necesaria durante el trámite acerca del cambio de control y éste fue comunicado a la Bolsa de Comercio.⁴⁹⁰

La proporción omitida que se invocó en el caso de marras configuraba tan solo el 1% del pasivo conformado por obligacionistas y aquellos que prestaron su conformidad con el acuerdo, lo que implica que la relación mayoritaria no se veía sustancialmente modificada.

El trámite de las oposiciones debe ser simple y abreviado.

Luego de formulada la oposición se corre traslado al deudor. A pesar no estar regulado específicamente por la ley, creemos que es lo acertado pues la ausencia del deudor en esta fase implicaría hacer caso omiso al derecho constitucional de defensa. Así lo entiende la doctrina y puesto en práctica la jurisprudencia. Existe disidencia en la doctrina en cuanto el plazo del traslado, sosteniendo algunos como Truffat que debe correrse por el término de cinco (5) días (artículo 273, inciso 1º LCQ) y otros como Heredia que entienden que es un plazo prudencial que deberá fijar el Juez. Las notificaciones se harán por cédula⁴⁹¹, y se dará lugar a un incidente.⁴⁹²

Se admite la participación de sujetos diferentes al opositor y el deudor.

Procede en primer lugar en los supuestos en que se imputare una exageración del pasivo y la inexistencia de mayorías en donde el presunto acreedor afectado -a quien se tacha de falso acreedor o no apto para incluirlo dentro de la base del cálculo para las mayorías- quiera aclarar dicha situación.

Además, intervienen de manera adhesiva como coadyuvantes en el trámite incidental, los acreedores otorgantes del acuerdo con interés patente en que se rechace la oposición y se homologue el acuerdo.

⁴⁹⁰ Se dijo que no es posible concluir por ello en la configuración de la causal de impugnación apuntada por cuanto, por un lado, la misma operaría si los obligacionistas hubieran efectivamente requerido el cumplimiento de tal cláusula 4.18 del contrato de fideicomiso y por otro por no haber mediado ocultamiento doloso tendiente a viciar el consentimiento dado por el resto de acreedores o eventualmente, incidir en el cómputo de las mayorías obtenidas, lo que no se advierte haya acaecido en la especie (Conf. Heredia, "Tratado Exegético de Derecho Concursal", Edit Abaco, Bs.As., 2.000, T.2, p.188; idem p. 609).

⁴⁹¹ TRUFFAT, Daniel: "El nuevo acuerdo preventivo extrajudicial, ley 25.589" cit., p 98.

Considero que ante estas eventualidades, el incidente podrá abrirse a prueba, ya que la ley en el mismo artículo 75 establece que *“De ser necesario se abrirá a prueba por diez (10) días y el juez resolverá dentro de los diez (10) días posteriores a la finalización del período probatorio.”* Esto, no obsta que mediando estas causales de oposición el juez discrecionalmente decida que no es “necesaria” la apertura a prueba, resolviendo sin más.

Una vez concluida la prueba, si es que hubo, en el plazo de diez (10) días el magistrado debe pronunciarse al efecto en forma inmediata. Evidentemente, existen tan sólo dos posibilidades; que haga lugar a la oposición o que la rechace.

En el supuesto del rechazo, el juez deberá reanudar el trámite atinente a la homologación, no siendo vinculante la prueba a favor del deudor, pues pueden existir otros factores de hecho y de derecho que impidan la mentada homologación. Esta decisión es apelable dentro de un plazo de cinco (5) días contados desde la notificación al acreedor oponente.

De hacer lugar a la oposición, el trámite se encontrará concluido y los efectos serán aquellos previstos por el artículo 31 LCQ. La resolución que prescriba la aceptación a la oposición también es apelable tanto por el deudor como por aquél coadyuvante, en el mismo plazo pero éste será contado, desde luego, desde el momento en que el deudor sea notificado. Se impondrán condena en costas y se regularán los honorarios, los cuales podrán ser cuestionados por la parte afectada, en ambos casos.

Homologación y atribuciones homologatorias del juez.

Señala el artículo 75 que *“si estuvieren cumplidos los requisitos legales y no mediaren oposiciones, el juez homologará el acuerdo”*.

En dicho sentido, la legalidad tiene dos polos fundamentales: legalidad formal y la sustancial. Lógicamente al modificar el texto del viejo

⁴⁹² Esto según Heredia y Maffia.

artículo 75 que subordinaba la homologación a requisitos de forma y contenido, el legislador ha querido avalar más aspectos.

Nos encontramos así frente a un control de calidad legal que va desde el punto de vista de las solemnidades exigidas y el procedimiento llevado a cabo a fines de concertar el acuerdo; a uno que comprende la legalidad en sentido material - licitud de su objeto, su respeto por las normas de la moral y buenas costumbres.

Debe tenerse en cuenta que por el tipo de procedimiento que se trata, el rol del juez debe ser prudente y sensato de manera que se salvaguarden la economía procesal así como los intereses económicos que marcan las reestructuraciones de deuda, pero esto no implica una homologación mecánicamente. Es por eso, que ante determinadas circunstancias, aunque no surja textualmente de la letra de la ley, el juez deberá negar la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial, por ejemplo, en caso de no reunirse las mayorías o peor aún: en caso de que no se cumplan con los requisitos objetivos de admisibilidad.

Luego de haber estudiado el caso el juez decidirá discrecionalmente acerca de la procedencia de la homologación. El recurso de apelación procede únicamente en caso de ser denegada la homologación y posee legitimación activa, principalmente, el deudor.

Podría admitirse la legitimación de los acreedores en caso que el deudor no haya introducido de manera eficaz la apelación, o que haya dejado transcurrir el plazo para interponer el recurso, sin consentir expresamente el pronunciamiento del juez.⁴⁹³

El rechazo del acuerdo por los acreedores y el cramdown power:

El derecho concursal en su inspiración original denotaba la clara intención de proteger al interés social de modo de rescatar los quebrantos económicos de las empresas. El derecho concursal actual está recobrando dicha intención marcándose una creciente voluntad de salvar las empresas

procurando evitar males mayores, cuya repercusión es compleja en la Argentina actual. Tal vez sea el acuerdo preventivo extrajudicial, el mejor instituto dentro de la LCQ capaz de cumplir con dicha voluntad.

En gran medida, su propósito no es otro que sanear el abuso ejercido gran cantidad de veces por las minorías, lo que termina trayendo consecuencias desfavorables.

Juega especialmente en este artículo la importancia que recobra el magistrado como director del proceso y guardián de intereses jurídicos.

El nuevo artículo 52 prevé la posibilidad que el juez puede homologar el acuerdo aun no habiéndose logrado las mayorías necesarias, e imponerlo a la totalidad de los acreedores quirografarios, con tal que cuente con una serie de requisitos. Ellos son:

- I.- Aprobación- como mínimo- de una de las categorías quirografarias;
- II.- Conformidad de al menos tres cuartas partes del capital quirografario;
- III.- No discriminación en contra de las categorías disidentes;
- IV.- El pago del acuerdo no sea menor al dividendo que obtendrían dichos creadores en caso de quiebra.

Varias opiniones se han emitido acerca de si es apropiada o no la intromisión del *Cramdown Power* al Acuerdo Preventivo Extrajudicial, refugiándose en diferentes razones. Maffia, por ejemplo, arguye una cierta incompatibilidad entre el *cramdown power* y la ausencia de categorías en el acuerdo preventivo extrajudicial. Heredia se resguarda en la elucidación que artículo 52 es una norma de interpretación restrictiva inconciliable con un supuesto diferente de aquél para el cual ha sido previsto originariamente.⁴⁹⁴

Enfrentados con esta postura, encontramos algunos autores que apuntan a la aplicabilidad del instituto previendo incluso condiciones necesarias para su correcta aplicación: tales como la existencia de categorías y dentro de ellas la *pars conditio creditorum*; libertad de contenido

⁴⁹³ HEREDIA, Pablo: "El acuerdo extrajudicial, según las reformas ..." ob. cit., p. 26.

⁴⁹⁴ HEREDIA, Pablo: "El acuerdo extrajudicial, según las reformas ..." ob. cit., p. 26.

conjugada correctamente con las previsiones del artículo 43 párrafo 2º, 3º, 4º. LCQ y categorización a instancia del requerimiento por parte del deudor.⁴⁹⁵

Efectos de la Homologación.

Precisamente es en este acápite en donde se produce el punto de inflexión de la reforma de la ley N° 25.589 dando un salto calificado de “cuántico” en torno a la eficacia del instituto. La legislación preveía que el acuerdo homologado producía los efectos previstos en el artículo 56 y quedaba sometido a las previsiones de las secciones III, IV, y V del capítulo V, del título II.

En síntesis: no era oponible a aquellos acreedores que no suscribieran el acuerdo. Se desembocaba entonces, en la utilización de un instituto con las complejidades de un subtipo concursal pero con los efectos de un contrato común y silvestre.

El nuevo régimen viene a suplir esta capital deficiencia propugnando una solución propia de un instituto concursal que se proyecta al conjunto de los, transformando al acuerdo preventivo extrajudicial en una verdadera respuesta a las crisis económicas y financieras, advenidas, en una gran parte, como consecuencia de la debacle económica nacional.

La ley N° 25.589 torna obligatorio el concordato a quienes lo suscribieron y a quienes no participaron en él; tratándose desde luego de acreedores cuyos créditos sean de causa o título anterior a la presentación.

Gran parte de la doctrina⁴⁹⁶ se muestra renuente al momento de efectuar un juicio de constitucionalidad y juridicidad, lo que nos obliga a volver al estudio *ut supra* sobre la eficacia de las leyes.

La remisión del artículo 76 hace necesaria una inteligencia sistemática y lógica del artículo 56 LCQ. Cae de maduro pues, descartar la previsión de

⁴⁹⁵ ANCHAVAL, H. A, y MÉNDEZ, L.: “Aplicación del Cramdown Power a los acuerdos preventivos extrajudiciales” Ed. Lexis Nexis. Septiembre de 2.002, p. 29.

⁴⁹⁶ HEREDIA, Pablo: “El acuerdo extrajudicial, según ...” ob. cit., p. 29.

la verificación de créditos, pues en el caso del acuerdo preventivo extrajudicial no hay regulación alguna respecto de verificación de créditos.

Se descarta asimismo la aplicación del plazo de dos (2) años de prescripción concursal, por entenderse que este tiene como causa fuente la presentación del deudor, y el artículo 76 prevé efectos que surgen de la homologación y no de la presentación inicial.

El acuerdo homologado y la novación de obligaciones:

En tanto algunos entienden que la novación es lisa y llana, otros la matizan. Heredia, sostiene que no puede presumirse desde que no se trata de una novación legal, ergo no opera automáticamente. En la mayoría de los casos debe estipular según los casos. De ser estipulada, se extinguen las obligaciones de los fiadores pues la obligación fuente de su garantía ya no existe. La situación de los codeudores es muy similar, aunque si el acreedor exigiera la adhesión de todos lo obligados.

Las garantías reales ofrecidas por los terceros también caducan pero no así aquellas darantías ofrecidas por el deudor si es que el acreedor estipula la conservación de las mismas en la obligación novada. Desde luego que la conservación reconocerá como límite el monto de la obligación sustituida.

La nulidad del acuerdo homologado:

El acuerdo extrajudicial homologado puede ser declarado nulo en los términos del artículo 60 (dolo empleado en exagerar el pasivo, reconocer o aparentar privilegios inexistentes, y ocultar o exagerar el activo).

En el régimen anterior la aplicabilidad del instituto de la nulidad al acuerdo preventivo extrajudicial era dudosa en razón de la naturaleza de negocios plurilaterales con distinción de las partes individualmente consideradas.

Bajo el régimen vigente, por imperio del artículo 76 y la remisión que hace éste, el mismo órgano que haya dictado la homologación del acto puede anularlo por medio de un proceso contencioso.

Para que proceda, el vicio debe surgir luego de la notificación por ministerio de la ley, de la resolución que declara la existencia del acuerdo.

La situación cambia cuando se trata de acuerdos no homologados, pues éstos gozan en última instancia de una naturaleza propia de los contratos plurilaterales.

Acuerdos extrajudiciales no homologados:

La concertación de acuerdos preventivos extrajudiciales no prevé una homologación obligatoria, de modo que puede celebrarse el acto concordatario y no someterse a la homologación judicial. Al no estar sometido a la revisión judicial y su posterior homologación nos encontramos frente a un acuerdo plurilateral sin más, al que no pueden aplicarse derechamente las reglas de régimen de la nulidad prevista en los artículos. 60 a 62 LCQ.

Tradicionalmente se han planteado cuestiones respecto a la oponibilidad de los acuerdos de derecho común ante una declaración de quiebra posterior y lo atinente al régimen de ineficacia y revocación de los actos y contratos con entidad para que ello ocurra conforme a las normas de la ley de concurso.

Será oponible cuando el acuerdo cumpla con su fin ulterior, que es la reversión de la situación de cesación de pagos.

La solución es lógica, ya que si el convenio ha cumplido tales fines en algún momento se habrá recuperado, y por tanto las causas de la quiebra tienen que tener una fuente distinta a aquél; en caso contrario, procederán la aplicación de las reglas referidas a la ineficacia concursal, pudiendo aducirse si correspondiera la inoponibilidad en la quiebra.

A continuación efectuaremos un cuadro descriptivo de las principales características y particularidades del Acuerdo Preventivo Extrajudicial.

ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL	
Objeto	Evitar la liquidación forzosa
Presupuesto objetivo	Cesación de pagos Dificultades económicas financieras de carácter general
Características	Rapidez Discreción o confidencialidad Libertad de forma y contenido Inexistencia de sindicatura Homologación facultativa Facultad judicial de control previo a la homologación.
Efectos	Suspende las acciones de contenido patrimonial contra el deudor Se extienden a todos los acreedores quirografarios cuyos créditos se hayan originado por causa anterior a la presentación

III.- c) El cramdown:

Concepto y finalidad:

Quizás el aspecto más relevante introducido en el derecho concursal argentino en los últimos tiempos, sea precisamente, el instituto del salvataje que tiende a evitar la declaración de quiebra del deudor.⁴⁹⁷

El denominado cramdown, regulado en el artículo 48 de la ley N° 24.522, constituyó en su momento uno de los institutos incorporados por la reforma concursal de 1.995 que motivó mayores debates, en especial en

⁴⁹⁷ BAIRD, Douglas: "The elements of bankruptcy", Revision edition, ED. Foundation, Wtsbury, Nueva York, 1.993.

orden a su aptitud para constituir una alternativa de saneamiento de empresa.

En el texto originario del artículo 48, ley Nº 24.522, el legislador concursal pretendió seguir los precedentes del derecho comparado pero a la postre reglamentó un instituto con características particulares que lo diferencian tanto de la legislación norteamericana como de la europea.

Ni en los Estados Unidos ni en Europa se pone en duda el interés público vigente en materia concursal.

En las legislaciones consideradas “de avanzada”, el salvataje se concreta sobre la base de un plan de reorganización, con un adecuado control judicial.

Podemos decir que se trata de un método o procedimiento de rescate empresarial que permite al deudor concursado que ha perdido la posibilidad de obtener la aprobación de su propuesta por parte de los acreedores, evitar la liquidación de la empresa a través de la negociación de un nuevo acuerdo, pero en esta oportunidad no ya con exclusividad, sino compitiendo en igualdad de condiciones con propuestas efectuadas con sus acreedores o terceros interesados, ajenos al concurso.

Lo que pretende con la implementación del cramdown es evitar la necesidad de liquidar la empresa a los efectos de cancelar el pasivo concurrente; de él se hará cargo la concursada en los términos del acuerdo logrado por el tercero ganador y a cambio de lo cual este último sustituirá a los primitivos socios, adquiriendo la totalidad de las cuotas o acciones que integran el capital social.

La empresa es el resultado de tres elementos: el empresario, la hacienda comercial y la actividad organizada, aspectos éstos que generan intereses que se vinculan a terceros y a la comunidad toda y por ello, el sustento del artículo 48 es una técnica jurídica enderezada a preservar la unidad productiva, evitando su desguace, mediante un mecanismo indirecto como es la transferencia del paquete accionario, que conlleva el cambio del

empresario y el mantenimiento de la sociedad titular de la hacienda comercial, todo lo cual tutela la actividad empresarial.

El instituto permite la reconversión o reestructuración del negocio y constituye una alternativa de salvataje de la empresa para evitar la desaparición de sujetos productores y generadores de bienes y servicios colectivamente útiles.

Además, el concepto de conservación de empresas se relaciona íntimamente con la amplitud de las soluciones preventivas, pues si se quiere tutelar efectivamente el crédito y conservar las empresas útiles, es preciso ampliar el espectro de las soluciones preventivas. Ellas no deben ser sólo el remedio para el deudor "*onesto ma sventurato*" sino para todas las empresas viables.

Todas estas soluciones legislativas antes referidas, presuponen, implican, de una u otra forma, la intervención estatal en la solución del problema.

Bergel ⁴⁹⁸ sostiene que los procedimientos alternativos de la quiebra no muestran la efectividad que es dable esperar para prevenir o atemperar la crisis que genera la insolvencia, ya que el acuerdo preventivo no ofrece una salida adecuada en virtud que la suerte de la empresa queda en la mayor parte de los casos a merced de los acreedores privilegiados que no participan en el acuerdo; los acuerdos preventivos extrajudiciales, aunque la ley vigente mejora su regulación, no considera que vayan a ser muy utilizados; y en cuanto al cramdown, estima que en los hechos posibilita que se convierta en una fuente de negocios para acreedores y terceros, que lejos de atender intereses colectivos se inclinan por satisfacer los propios.

A su turno este autor, tampoco abriga mayores esperanzas respecto a la efectividad de los institutos orientados a atacar prontamente los primeros atisbos de la crisis. Considera que, más allá de que el diagnóstico temprano puede resultar útil para enderezar rumbos, la denuncia de las dificultades y la intervención del tribunal, importan una gran amenaza para la situación de

la empresa en el mercado y para la obtención de créditos, constituyendo además un medio posible para la actuación desleal de accionistas minoritarios, competidores o sindicatos dirigida a la obtención de ventajas sectoriales.

⁴⁹⁸ BERGEL, Salvador Darío: Proemio efectuado a la obra “La Empresa en Crisis. ...” ob. cit., p. 23.

Colofón:

Del análisis efectuado de los distintos sistemas en el derecho comparado podemos deducir que frente al deterioro de la situación financiera de la empresa ha resultado necesario distinguir dos fases:

- a) la empresa en dificultades económicas, y
- b) la empresa en crisis.

Dicha distinción se hace necesaria por cuanto el legislador debe ofrecer distintas soluciones en cada uno de esos momentos, que pueden comprender desde la administración controlada, hasta la exclusión del deudor de la administración de sus negocios y la designación de un administrador judicial; desde reconocer la posibilidad de arribar acuerdos extrajudiciales y judiciales libremente entre el deudor y los acreedores (que podrán brindar su conformidad en forma individual o reunidos en junta), hasta establecer, exigir el estricto control judicial del acuerdo, previo a su homologación.

Podemos suponer que cuando la empresa atraviesa por una fase de dificultades económicas pueden elaborarse remedios en los que el deudor no pierda la administración de sus negocios y con una mayor participación de los acreedores.

Las soluciones ofrecidas para las empresas que se encuentran en la segunda fase resultan mucho más drásticas y menos beneficiosas en cuanto a las soluciones que realmente pueden aportar. Por ello se debe intentar poner el énfasis en la adopción de soluciones preventivas e institutos reorganizativos.

Cabe advertir que los esfuerzos que se malgastan en el mantenimiento de estructuras obsoletas tendrán un alto costo económico y social, pero no debemos olvidar que la modernización del sistema, y la admisión o reconocimiento de nuevas figuras no debe confundirse con falta de control jurisdiccional, y con dejar librado el proceso concursal a la decisión – voluntad exclusiva - de los acreedores. Los principios que deben

imperar en el concurso no pueden someterse a la decisión de los hombres de negocios como si todavía operaran en el mercado y las reglas de oferta y demanda debieran también controlar la insolvencia.

Resultan característicos en los sistemas estudiados el requerimiento de un plan de saneamiento y el control judicial.

Independientemente de las particularidades de cada ordenamiento jurídico se destacan en ellos:

- 1) El otorgamiento de incentivo fiscal a los institutos reorganizativos.
- 2) La regulación minuciosa de la actuación y remuneración a los administradores de la empresa en crisis.
- 3) La exigencia y regulación de un plan de insolvencia. Se exige el plan de recuperación que debe incluir el detalle de los medios utilizados para el salvataje y el dictamen económico financiero de un profesional respecto de su viabilidad.
- 4) El control del cumplimiento del plan (judicial o por parte de los acreedores).
- 5) La calificación de la conducta del deudor para permitir el acceso a procedimientos de reestructuración o para efectuar propuestas de acuerdos concordatarios. Ello se ha advertido aún en legislaciones recientemente modificadas como la de Brasil y Venezuela, como así también en la antigua ley paraguaya.

Consideramos que éste constituye uno de los puntos centrales que requieren ser armonizados desde la norma sustancial, en una futura legislación concursal mercosureña. Repárese en la significativa diferencia de régimen a aplicar por la ley del domicilio del concursado, si dicha ley prevé o no sanciones civiles o hasta penales en los supuestos de calificación de la quiebra como fraudulenta. El libre tránsito de personas establecido en el área, la libertad de establecimiento de empresas y el régimen de promoción de inversiones podrían favorecer la búsqueda de la legislación más favorable y evitar así la aplicación de sanciones.

6) Otra de las particularidades es que se establece como finalidad del procedimiento el mantenimiento de la unidad productiva y la fuente de trabajo. En este sentido no se descuidan los derechos de los trabajadores, ni las indemnizaciones por accidentes de trabajo, y se les reconoce participación a los sindicatos en representación a los créditos laborales cuando el trabajador así lo disponga.

Es decir que la búsqueda, el afán por el mantenimiento de una unidad productiva no debe implicar la preferencia en la preservación de tan solo uno de los factores de producción (el capital) a costa o en detrimento de los restantes (entre ellos, el trabajo).

CAPÍTULO VII

EL SALVATAJE EN EL DERECHO ARGENTINO

Título I: El cramdown:

a) Concepto – b) Finalidad del instituto – c) Naturaleza jurídica – d) Diferencias con otras figuras – e) Críticas al cramdown y Planteos de inconstitucionalidad.

Título II: Evolución legislativa del cramdown argentino:

a) Evolución legislativa – b) La ley N° 24.522 – El rol más activo de los acreedores– c) El salvataje de empresas –d) La ley N° 25.563: derogación del artículo 48 – e) La Contrarreforma de la ley N° 25.589.-

Título III: El cramdown en el derecho argentino vigente:

a) El artículo 48 en la ley de Concursos y Quiebras - Causales de Apertura – Sujetos comprendidos – Sujetos excluidos - El procedimiento de valuación de las participaciones social - El esquema de negociación y acuerdo, tanto con los acreedores como con los socios.
b) La administración de la sociedad durante el trámite del artículo 48.
c) La empresa en marcha: Jurisprudencia, S.I.A.P. s/ quiebra. - Automundo S.A. s/ concurso preventivo - Correo Argentino
d) El cramdown power.

Colofón.

Título I

El Salvataje en el Derecho Argentino

a) Concepto – b) Finalidad del instituto – c) Naturaleza jurídica – d) Diferencias con otras figuras – e) Críticas al cramdown y Planteos de Inconstitucionalidad

I.- a) Concepto

El origen de la expresión "*cramdown*" nos remite a la Ley de Quiebras de los EEUU, cuya traducción literal sería "apretar hacia abajo", o mejor dicho "imponer".

La definición, heredada del derecho norteamericano, se refiere a que, como vimos en el ya analizado capítulo 11 de la citada norma americana, el instituto prevé que si lo que el acreedor debe recibir por el acuerdo es un valor no menor al que recibiría en la liquidación falencial computando los privilegios, el juzgador puede forzar al disidente y dar por consentida la propuesta, prestándole su aprobación, siempre que el magistrado considere que el acuerdo es justo y equitativo y que medie petición de parte, dado que no puede imponerlo de oficio.

El "*cramdown*" es un sistema de propuesta de acuerdo preventivo por tercero quien, en caso de obtener la conformidad de los acreedores, adquiere la empresa concursada. Implica la sustitución del empresario insolvente, cesante que en subsidio de su fracaso en la obtención del acuerdo es sustituido, reemplazado por otro empresario que se supone en mejor situación para la continuación de la actividad de la empresa.

La institución del salvataje de empresas que aparece en la República Argentina normada por primera vez en la Ley N° 24.522 de Concursos (artículo 48), posibilita que otras personas (que no sea la fallida) adquieran el capital social, como consecuencia de haber logrado antes,

inexcusablemente una solución acordada con los acreedores de la concursada.

Los autores Di Tullio, Macagno y Chiavassa⁴⁹⁹ expresan que el *cramdown* puede ser definido como el procedimiento que se implementa cuando determinados sujetos, ... sometidos al proceso de gran concurso ven frustradas sus aspiraciones o pretensiones de acuerdo, al no presentar propuesta o al no obtener las conformidades necesarias, o cuando se admitan algunas de las causales de impugnación del acuerdo obtenido con el deudor concursado; todas hipótesis que abren la posibilidad para que terceros adquieran las participaciones sociales de la entidad concursada.

Con respecto a la expresión utilizada para referir este procedimiento de salvataje empresario, el vocablo *cramdown* adoptado por la doctrina nacional se atribuye, como ya se dijo, al origen norteamericano de la figura, expresión que no es bien vista en los círculos cultos de EEUU, pues, conforme lo expresa Butty, equivaldría a nuestro vulgar “apriete”.⁵⁰⁰ Ello obedece a que en el mensaje de Elevación por parte del Poder Ejecutivo Nacional al Congreso, se afirmó que con la incorporación del salvataje de empresas se trataba de reformular nuestro sistema legal, respecto del sistema del *cramdown* de la legislación norteamericana.

Lo real y cierto es que la expresión utilizada, nada tiene que ver con la regulación legal de la intervención de terceros en el concurso preventivo, y para justificar su utilización, la doctrina entendió que cuando la valuación patrimonial de la empresa arroje resultado positivo, este debe ser reducido en la misma proporción en que se reduce el pasivo al valor actual. La expresión *cramdown* significaría esta operación de “apretar hacia abajo”.⁵⁰¹

También podría entenderse apropiado la utilización de este término para referirse a la situación de aplastamiento que padecen los socios cuando

⁴⁹⁹ DI TULLIO, José, MACAGNO, Ariel, CHIAVASSA, Eduardo: “Concursos y Quiebras – Reformas a las leyes 25.563 y 25.589”. Lexis Nexis – Depalma. p. 79.

⁵⁰⁰ BUTTY, Enrique: “Cramdown, doctrina de la empresa y sus elementos, y negocio indirecto legal”. Cuadernos de la Universidad Austral N°1, Derecho Empresario Actual, Homenaje al doctor Raymundo Fernández, Ed. Depalma, 1.996. ps. 231 ss.

⁵⁰¹ ROUILLON, Adolfo: “Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522”, 9° edición. año 2.000. p. 122

el valor de las acciones es negativo o igual a cero, pues en tal hipótesis se prescinde totalmente de las conformidades de los mismos para concretar la transferencia de sus participaciones sociales.⁵⁰²

A su turno, y en razón a las notables diferencias que el procedimiento establecido por el ordenamiento nacional tenía con el instituto homónimo norteamericano, comenzaron los intentos doctrinarios de adecuar dicha denominación a la realidad legislativa nacional. Así se utilizaron expresiones como el “*cramdown* a la criolla”⁵⁰³, “*cramdown* argentino”⁵⁰⁴, “propuesta de terceros”⁵⁰⁵, “propuesta heterónoma”⁵⁰⁶, “salvataje”⁵⁰⁷, o “cesión o transferencia forzosa de participaciones sociales”⁵⁰⁸.

Independientemente de la terminología adoptada por cada autor, en razón de considerarla más apropiada a las características del régimen nacional; debe tenerse presente que corresponde diferenciar este procedimiento del *cramdown power*, entendiendo por tal aquella facultad o poder que dispone el juez concursal de imponer el acuerdo a ciertas categorías de acreedores disidentes regulada en el capítulo 11 de la Ley de Quiebras estadounidense, e introducido en nuestro sistema con la reforma efectuada por la ley N° 25.589, cuyo análisis será objeto de estudio en el título III del presente capítulo.

I.- b) Finalidad del instituto:

La finalidad perseguida al poner en funcionamiento el instituto del *cramdown*, es evitar la necesidad de liquidar la empresa a los efectos de cancelar el pasivo concurrente. De él se hará cargo la concursada en los términos del acuerdo logrado por el tercero ganador y a cambio de lo cual

⁵⁰² JUNYENT BAS, Eduardo y CHIAVASSA, Francisco: “El salvataje de la empresa, el *cramdown* en la ley 25.589”, La Ley. Año 2.004. p. 8, 9.

⁵⁰³ ROITMAN, Horacio: “Ley 24.522” en Antecedentes parlamentarios, N° 7, La Ley 1.995, p. 420.

⁵⁰⁴ MOSSO, Guillermo: ob. cit. p. 24.

⁵⁰⁵ RIVERA, Julio Cesar: “Instituciones de Derecho Concursal” T I. Ed. Rubinzal Culzoni, 1.996. p. 297.

⁵⁰⁶ RICHARD, Efraín H: “Los arts. 43, 48 y 52: una mezcla explosiva”. <http://comunidad.vlex.com/acader>.

⁵⁰⁷ VITOLO, Daniel: “Iniciación en el estudio del nuevo régimen legal de concursos y quiebras. Ley 24.522, p. 89.

este último sustituirá a los primitivos socios, adquiriendo la totalidad de las cuotas o acciones que integran el capital social.

Villanueva,⁵⁰⁹ refiere que el sustento del artículo 48 es una técnica jurídica enderezada a preservar la unidad productiva, evitando su desguace, mediante un mecanismo indirecto, la transferencia del paquete accionario, que conlleva el cambio de empresario y el mantenimiento de la sociedad titular de la hacienda comercial, todo lo cual tutela la actividad empresarial.

Algunos autores expresan que el instituto permite la reconversión, restauración o reestructuración del negocio y constituye una alternativa de salvataje de la empresa para evitar la desaparición de sujetos productores y generadores de bienes y servicios colectivamente útiles.⁵¹⁰

Junyent Bas y Chiavassa citando a Asquini, sostienen que la tutela se acentúa en la empresa, pues esta protección importa una directa medida tendiente a mantener las fuentes de trabajo. Empresa y fuentes laborales son dos directrices interdependientes, al punto tal que no pueden concebirse una sin otra, ya que este “fenómeno económico poliédrico” se caracteriza como “toda organización de trabajo y capitales con el fin de producir bienes y servicios para el intercambio”.⁵¹¹

Como podemos advertir, la doctrina coincide en considerar que la finalidad del instituto es la conservación de una fuente productiva, económicamente útil, y la preservación de la fuente de trabajo.

Veremos también, más adelante que ni una ni otra finalidad están garantizadas en el sistema regulado en la ley argentina.

I.- c) Naturaleza jurídica:

Parte de la doctrina entiende que el traspaso de la empresa constituye dentro del sistema del artículo 48 una “transferencia forzosa”. Ésta, tiene el

⁵⁰⁸ DI TULLIO, José, MACAGNO, Ariel, CHIAVASSA, Eduardo: “Concursos y Quiebras – Reformas a ...”, ob. cit. p. 82.

⁵⁰⁹ VILLANUEVA, Julia: “Concurso preventivo”, Ed. Rubinza Culzoni, 2.003, p. 443.

⁵¹⁰ DI TULLIO, José, MACAGNO, Ariel, CHIAVASSA, Eduardo: “Concursos y Quiebras – Reformas a las leyes 25.563 y 25.589”, Lexis Nexis – Depalma. p. 79.

carácter de una compraventa, la que admite por expresa regulación del Código Civil la prescindencia del consentimiento de una de las partes, en las hipótesis expresamente previstas en el artículo 1324.⁵¹² Dicha norma consagra en sus cinco incisos otras tantas excepciones que constituyen la imposición jurídica de la venta, prescindiendo de la voluntad del vendedor.

Dasso⁵¹³ entendió que el salvataje de la empresa era en rigor “una transferencia de activos con previo arreglo del pasivo”, o mejor dicho, “una venta forzada de capital social”. Y, de todas estas hipótesis, la que más se asemeja a la venta forzosa de las cuotas o acciones es la expropiación por causas de utilidad pública, calificada por la ley e indemnizada previamente. Tratándose de una venta, la ley exige determinadas condiciones respecto de la **cosa** vendida: “no habrá cosa vendida cuando las partes no la determinen o no estableciesen datos para determinarla” (artículo 1333 primera parte).

El otro condicionamiento, otra característica particular de esta transferencia es el consentimiento, o mejor dicho la falta de consentimiento. En el nuevo artículo 48 se introduce una novedosa y diversa hipótesis de transferencia forzosa, y constituye sin lugar a dudas, un procedimiento de excepción. Se prescinde del consentimiento, en función del interés público involucrado en el procedimiento, justificado por la necesidad de salvamento de la empresa.

Expresa Dasso que el Estado sustituye la voluntad del vendedor por la del poder público, expuesta en el nuevo ordenamiento jurídico, a través del nuevo procedimiento que culmina con la transferencia de las cuotas o

⁵¹¹ JUNYENT BAS, Eduardo y CHIAVASSA, Francisco: “El salvataje de la empresa, el cramdown en la ley 25.589, La Ley. Año 2.004. p.37.

⁵¹² Código Civil Argentino - Artículo 1.324: “*Nadie puede ser obligado a vender, sino cuando se encuentre sometido a una necesidad jurídica de hacerlo, la cual tiene lugar en los casos siguientes:*

1° Cuando hay derecho del comprador de comprar la cosa por expropiación, por causa de utilidad pública;

2° Cuando por una convención, o por un testamento se imponga al propietario la obligación de vender una cosa a persona determinada;

3° Cuando la cosa fuese indivisible y perteneciese a varios individuos, y alguno de ellos exigiese el remate;

4° Cuando los bienes del propietario de la cosa hubieren de ser rematados en virtud de ejecución judicial

5° Cuando la ley impone al administrador de bienes ajenos, la obligación de realizar todo o parte de las cosas que estén bajo su administración.”

acciones, prescindiendo del consentimiento del socio o accionista, por un precio. Pero no solo la cosa y el consentimiento constituyen los presupuestos de la compraventa. Tan esencial como ellos, es el precio de la cosa objeto, el que debe ser necesariamente cierto (artículo 1349 parte 1º C.C.).⁵¹⁴

Por ello para este autor esto lleva a dos conclusiones inexorables y que entiende no pueden ser objeto de discrepancias: el sistema de salvataje, introducido novedosamente en el artículo 48, constituye un sistema excepcional, en tanto el consentimiento del vendedor esta sustituido por la voluntad del Estado en el nuevo ordenamiento, y el precio cierto esta referido a una formula de determinación, resultante también de un procedimiento en el que no interviene el vendedor, y queda en definitiva, remitida a las reglas del mercado.

Ahora bien, no es del todo cierto que exista una falta total de consentimiento por parte del deudor, ya que éste tiene plena voluntad para, durante el período de exclusividad, lograr los acuerdos necesarios para solucionar su situación y no siendo esto así es que, al darse los requisitos del artículo 48, comienza a operar el sistema del salvataje, excluyendo su consentimiento para la adjudicación de las cuotas u acciones de la empresa concursada, etapa en la que, por otra parte, él también compite con los terceros interesados para la adquisición de la empresa, en la obtención de las conformidades necesarias.

Butty⁵¹⁵ expresa que se trata de un “negocio jurídico indirecto y forzoso” para el sujeto concursado que se concreta por medio de la transferencia *ex lege* del control social jurídico interno, artículo 33 inciso 1 de la ley N° 19.550, transmitiendo la titularidad de las participaciones sociales que otorgan el poder societario y el manejo de la hacienda comercial.

⁵¹³ DASSO, Ariel: “La transferencia forzosa de la empresa insolvente”, La Ley, 1.994-E, 1227.

⁵¹⁴ Código Civil Argentino – Artículo 1.349: “*El precio será cierto: cuando las partes lo determinaren en una suma que el comprador debe pagar; cuando se deje su designación al arbitrio de una persona determinada; o cuando lo sea con referencia a otra cosa cierta*”.

Veremos más adelante que la ley ha previsto la forma de fijar el valor de las acciones o cuotas partes representativas del capital social.

Siendo el negocio jurídico toda manifestación de voluntad dirigida a fines concretos y prácticos protegidos por el ordenamiento jurídico, la doctrina los divide en negocios jurídicos directos e indirectos.⁵¹⁶

Los primeros son aquellos en que el resultado práctico obtenido es el querido en forma inmediata con el acto o negocio típico correspondiente. El negocio jurídico indirecto es el que aprovecha un tipo de negocio para conseguir una finalidad práctica distinta. Habría una causa típica que corresponde al negocio elegido, que resulta diferente al fin perseguido.

En los negocios indirectos se escoge un camino transversal, en lugar de la vía natural. Existe una disonancia entre el medio empleado, que es negocio típico normado y el fin práctico perseguido, que es siempre negocio efectivo y no aparente. Por ello, el negocio jurídico tiene como objetivo la realización de un fin diferente al que las partes manifiestan. Los resultados son extraños al negocio mismo y ello es lo que lo caracteriza.⁵¹⁷

Heredia⁵¹⁸ y Martorell adhieren a la noción de negocio jurídico indirecto expresando que la figura legal opera la transferencia *ex lege* del control jurídico de la sociedad al tercero adquirente del paquete accionario, quien de este modo como nuevo "empresario" deviene titular de la hacienda comercial, previa conformidad de los acreedores a la propuesta concordataria.

Heredia destaca que la naturaleza y finalidad del instituto, aun cuando se concreta en una "compraventa forzosa del paquete accionario" a favor del adquirente, tiende a constituirse en un recurso que evite la liquidación patrimonial.

Así sostiene que el artículo 48 constituye una norma destinada a suministrar un último y subsidiario recurso tendente a evitar la liquidación patrimonial que sigue a la declaración de quiebra. Fracasado el concurso

⁵¹⁵ BUTTY, Enrique: "Cramdown, doctrina de la empresa y sus elementos,...". Ob. cit., ps. 238.

⁵¹⁶ El concepto de negocio jurídico indirecto fue desarrollado principalmente por autores italianos.

⁵¹⁷ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H.: "El negocio jurídico". Ed. Astrea. 1.992, ps. 92, 192 y 193.

⁵¹⁸ HEREDIA, Pablo: "Tratado exegético de Derecho Concursal". Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2.000, t. 2 p.126 y en "El salvataje empresario en el concurso preventivo (art. 48, LCQ, según la reforma introducida por la ley 25.589). Rev. De Derecho Privado y Comunitario. 2.003-1 p. 58.

preventivo, se separa al empresario de la empresa y se intenta preservar a esta última, con independencia de aquél, estableciendo un procedimiento que facilita su adquisición por un tercero, supuesto este último que pone en juego –según parecer generalizado- una compraventa forzosa a favor del adquirente, y cuyo objeto son las acciones o cuotas representativas del capital social de la concursada. Esto último, por cierto, sin perjuicio de conferirse al deudor una nueva oportunidad *in extremis* de lograr adhesiones suficientes a su propuesta de acuerdo preventivo (a lo que, obviamente, resulta ajena toda idea de compraventa forzosa), alternativa no admitida por el derecho anterior según veremos.

Continúa diciendo el autor citado que en el conocido principio de la conservación de la empresa debe encontrarse la ratio del precepto. Así fue, en efecto, con la redacción de la ley N° 24.522, y así lo sigue siendo tras la sanción de la ley N° 25.589, para ello, se recurre a un procedimiento que configura un verdadero “salvataje” de la empresa concursada, mal llamado por muchos *cramdown*, expresión esta última originaria del derecho norteamericano (artículo 1129, B, del Bankruptcy Code), que nada tiene que ver con lo dispuesto por el artículo 48 de la LCQ, y que nuestra legislación recién conoció a partir de la sanción del artículo 17 de la ley N° 25.589 que modificó el artículo 52 de la ley N° 24.522 (inciso 2, apartado b).

Mafia,⁵¹⁹ por el contrario, entiende que la figura constituía una mera transferencia de las participaciones societarias de la deudora que no aseguraba la continuación empresarial y que no seguía la directiva central del derecho comparado en orden a la existencia de un plan de empresa que viabilizara el mentado saneamiento. El salvataje al no traducirse en un plan de saneamiento permitía que el proceso culminara en la desactivación de la empresa con el consiguiente vaciamiento de la finalidad del instituto.

También se ha definido este proceso como un “cambio de mano” que hace al reemplazo de los titulares de las participaciones sociales mediante

⁵¹⁹ MAFFIA, Osvaldo: “Nueva oportunidad perdida, más de lo mismo en materia concursal”, La Ley del 11 de setiembre de 1.995, p. 1.

su transferencia.⁵²⁰ En consecuencia, la sociedad, titular de la hacienda comercial, se mantiene inalterada y sólo cambia “el empresario”, o sea, quienes conducen el ente social.

El negocio indirecto es diáfano, mediante la venta del “paquete accionario” el tercero que arregló con los acreedores una propuesta concordataria adquiere también el manejo de la empresa.

Junyent Bas y Chiavassa⁵²¹, han dicho que en cualquiera de las alternativas de interpretación reseñadas y aun cuando se trate de un negocio jurídico indirecto, que mediante la transferencia de las participaciones sociales, obtiene la titularidad de la hacienda comercial, cumple en gran medida con abrir una posibilidad de supervivencia de la empresa, evitando el proceso de desintegración patrimonial que significa la quiebra.

I.- d) Diferencias con otras figuras:

Adjudicación de bienes:

La diferencia radical que existe entre el cramdown y la adjudicación de bienes radica en que en ésta última, los acreedores podían asignarse los bienes del deudor, quedando canceladas las deudas de él; mientras que en el cramdown el deudor no se libera de sus deudas, y el incumplimiento del acuerdo lleva a su declaración de quiebra.

Adjudicación de la empresa en marcha:

El procedimiento de enajenación previsto por los artículos 205 y siguientes de la L.C.Q. se diferencia netamente de esta figura. En plena etapa liquidativa de la empresa, una de las alternativas que se puede presentar en la venta de los bienes de la fallida, es la adjudicación de la empresa en marcha. El juez debe decidir el procedimiento de enajenación por subasta pública o licitación. Expresa el inciso 8 del artículo 205 que

⁵²⁰ ESCUTI, Ignacio (h) y JUNTENT BAS, Francisco: “Instituciones de Derecho Concursal”. Alveroni, 1.998. p. 353.

⁵²¹ JUNYENT BAS, Eduardo y CHIAVASSA, Francisco: “El salvataje de la empresa, el cramdown en la ley 25.589. Editorial La Ley. Año 2.004. p. 5,6.

aprobada la adjudicación, el juez debe ordenar que se practiquen las inscripciones pertinentes y que se otorgue la posesión de lo vendido.⁵²² Basta recordar simplemente en este punto, que el *cramdown* provoca sólo la transferencia del paquete accionario de la sociedad; esto es, esto implica que se produce un cambio en la faz interna de la vida social del ente ideal, y nada más.

Transferencia del fondo de comercio:

El *cramdown* regulado por el artículo 48 tampoco debe ser confundido con la transferencia del fondo de comercio, en la cual se permite la venta de una organización o empresa económica en bloque, facilitando la labor del empresario adquirente que puede continuar con la explotación sin solución de continuidad. El *cramdown*, no se da esta transferencia de titularidad patrimonial de una persona a otra, esto es, no hay sustitución de la persona del deudor por un nuevo sujeto de derecho, el cambio se produce en la faz interna de una sociedad, permitiendo el recambio de viejos socios por nuevos emprendedores.

I.- e) Críticas al *cramdown* y planteos de inconstitucionalidad:

En este sentido, dentro del derecho argentino, hay quienes han criticado esta figura dado que, según expresan, entre otras razones:

- 1) No se garantiza la continuación de la empresa en crisis,
- 2) Porque el adquirente no se le exige que tenga capacidad técnica para desarrollar el emprendimiento adquirido por el procedimiento de *cramdown*;
- 3) Porque parece prestarse fácilmente a abusos de los cuales resulte el despojo de los derechos de los accionistas y de los socios;

⁵²² Ley 24.522 – Artículo 205.-“ [Enajenación de la empresa] La venta de la empresa o de uno o más establecimientos, se efectúa según el siguiente procedimiento:
... 8) Dentro del plazo de veinte días, desde la notificación de la resolución definitiva que apruebe la adjudicación, el oferente debe pagar el precio, depositando el importe. Si vencido el plazo el adjudicatario no deposita el precio, pierde su derecho y la garantía de mantenimiento de oferta. En ese caso el juez adjudica a la segunda mejor oferta que supere la base.”

4) Porque la inclusión de las sociedades cooperativas entre los sujetos concursados que pueden ser sometidos a este instituto choca con su propia naturaleza;

5) Porque se ha llegado a decir que implica una suerte de expropiación sin causa de utilidad pública y a favor de otros particulares, entre muchas otras objeciones.⁵²³

También se ha dicho en contra de su constitucionalidad que:

1) El método de valuación de la empresa impide a los socios afectados la revisión de los cálculos.

2) Existe una sensible disminución del valor patrimonial de la empresa, tanto en lo concerniente a la estimación del activo como por el sacrificio que debe soportar el socio transmitente, como resultado de una negociación que les resulta totalmente ajena.

3) Una mayoría de socios puede imponer a las minorías un precio de venta menor al fijado judicialmente, sin límites de ninguna especie.

4) Y en otro sentido, también se ha criticado al procedimiento establecido en el artículo 48 de la ley N° 24.522, en cuanto podría facilitar maniobras dolosas por el administrador, por el socio mayoritario o por terceros.⁵²⁴

Algunas de aquellas críticas fueron superadas oportunamente por nuestros tribunales con fundamento en que la declaración de inconstitucionalidad del artículo 48 de la ley N° 24.522 requiere que el peticionante demuestre y acredite fehacientemente en la causa el perjuicio que le origina la aplicación de la regla en controversia, pues la invocación de reparos meramente conjeturales o hipotéticos son insuficientes para sustentar el pedido formulado. A ello se agrega además que la posible aplicación del artículo 48 de la ley N° 24.522 sólo afectaría a los accionistas

⁵²³ MANOVIL, Rafael Mariano: "El cramdown: crítica de algunos de sus aspectos societarios". Derecho Societario Argentino e Iberoamericano, VI Congreso Argentino de Derecho Societario, II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa", Tomo III, Ad hoc. 1.995.

de la sociedad, pero no a esta última, en virtud de lo cual el agravio tampoco es atendible en tanto se lo invoca en interés de terceros cuya representación no se inviste.⁵²⁵

Por su parte la doctrina ha sostenido a favor de la constitucionalidad del régimen, entre otros, los siguientes argumentos:

“1) el art. 48 de la nueva Ley de Concursos responde coherentemente al modelo económico de apertura externa, puesto que propicia la concentración de empresas en grupos en los que se integren diversos eslabones de la cadena de producción y distribución de bienes y servicios, con el consiguiente abaratamiento de los costos y aumento de la competitividad, a la par que permite una instancia de salvataje de la empresa en una instancia procesal que en el anterior marco legal representaba la quiebra de la sociedad;

*2) el art. 48 de la nueva ley concursal es constitucional, dado que al abrir una instancia de salvataje adicional, una vez desaprobada la propuesta de la concursada, sobre la base de una valuación patrimonial contable de la empresa, respetando debidamente el derecho de propiedad de los socios;...”*⁵²⁶

Con mayor precisión jurídica y profundidad en el análisis, también se ha dicho:

1) El pedido de apertura de concurso preventivo efectuado por el deudor implica el sometimiento de manera integral a la normativa específica. No puede en consecuencia el deudor pretender convalidar un acuerdo (al que haya arribado en el período de exclusividad) frente a los acreedores disidentes, argumentando el predominio de la voluntad mayoritaria; y en

⁵²⁴ ORQUERA, Juan P: “La difícil constitucionalidad del Cramdown”. En Sociedades y Concursos en el MERCOSUR. Ed. Ad-Hoc. Año 1.996. p 468, nota 11.

⁵²⁵.- Tomado del dictamen del fiscal de Cámara que la CNCom comparte y hace suyo, in re “Fasax S.A. s/ Concurso preventivo” CNCom, sala E. 30/11/95 citado por RIVERA, Julio, ROITMAN, Horacio y VÍTOLO, Daniel: “Ley de Concursos y Quiebras”. Ed. Rubinzal-Culzoni. t.I p. 368

⁵²⁶ GRACIANDÍA, N., MOZZI, G.: “Constitucionalidad del art. 48 de la nueva ley concursal argentina”. Publicado en Derecho Societario Argentino e Iberoamericano; VI Congreso Argentino de Derecho Societario, II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa: T. III, pp.89 y ss.- Cita tomada de ORQUERA: Juan P: “La difícil constitucionalidad ...”. Ob. cit. P. 468, nota 12

cambio tildar de inconstitucional el acuerdo cuando las mayorías son obtenidas por un acreedor o un tercero y le son oponibles al él.

2) No se encuentran conculcados los derechos de los accionistas minoritarios que no votaron la apertura a concurso dado que la voluntad de las sociedades se forma con la voluntad de las mayorías. Las minorías cuentan con las acciones legales ante decisiones contrarias a la ley o al estatuto.

3) Tampoco podrían invocar un perjuicio económico ya que en el *cramdown* los socios recibirán el precio fijado de acuerdo al procedimiento establecido, en tanto que de no existir este instituto recibirían sus dividendos luego de haber sido pagados todos los créditos, gastos del concurso e intereses, siendo dicha pretensión casi quimérica.

4) En nuestro derecho existen otras compraventas forzosas (artículo 1324 Código Civil) que nunca fueron tachadas de inconstitucionalidad, y a las que ya se hizo referencia.

5) Si no se obtienen las mayorías necesarias para arribar a un acuerdo, de no existir el *cramdown*, la única salida es la liquidación coactiva.

6) Considerando la unidad del régimen concursal diremos que, como es sabido en la República Argentina ya existía como modalidad destinada a la superación de la crisis de la empresa el concurso preventivo y la obtención y aprobación de un acuerdo o concordato, siendo su principal presupuesto objetivo: “la cesación de pagos”.

Entre los principales requisitos del sistema destacan:

- Que se haya respetado un régimen de mayorías.
- Que se homologue judicialmente.

Por su parte, cabe mencionar que el acuerdo preventivo extrajudicial, se celebra entre el deudor con todo o parte de los acreedores.

Se ha introducido, como hemos visto, en el régimen del “*cramdown*” a partir de lo establecido en el artículo 48 de la Ley de Concursos N° 24.522 y mantenido con ligeras modificaciones por la ley N° 25.589.

Ahora bien, si no se llega a este acuerdo, y siempre que se trate de determinados tipos societarios, cualquier acreedor o tercero puede intentar obtener ese acuerdo y adueñarse de la empresa. Y en este supuesto, estamos ante lo que se conoce como el salvataje de empresas que permite que los acreedores y terceros interesados puedan acceder a continuar la empresa asumiendo el riesgo empresarial y pagando un precio real por su valor.

Así pues, entre los extremos del procedimiento de liquidación de la empresa, la quiebra, y el concurso preventivo, se erige dentro de la disciplina concursal, el salvataje de empresas.⁵²⁷

Si bien es cierto que la quiebra sigue siendo una de las soluciones del régimen de las falencias, junto con el concurso preventivo, no lo es menos que ellas no son las únicas vías que pueden arbitrarse ante el empresario insolvente. Así pues, se ha entendido que no solamente los acreedores son quienes, cuando se produce el estado de insolvencia, se encuentran interesados y afectados por ella, sino la sociedad en su conjunto.

Es por esta razón que en el derecho comparado para poder imponer el acuerdo al deudor o a las categorías de acreedores disidentes, similares institutos contemplados consideran especialmente la situación de los trabajadores de la empresa concursada.⁵²⁸

Hemos visto en este punto algunos de los argumentos con los que la doctrina y la jurisprudencia han rebatido los cuestionamientos de constitucionalidad del *cramdown*, y debates respecto a su finalidad y naturaleza jurídica.

Seguidamente nos avocaremos a la evolución legislativa de este instituto.

⁵²⁷ Una interesante perspectiva puede verse en CIMINELLI, Juan C.: "Cuestionamientos de constitucionalidad a diversos institutos concursales". Editorial Astrea. 2.001.

⁵²⁸ Las leyes 84/148 sobre *Prevention et Règlement des entreprises dans difficulté*, y 85/98 denominada *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises*, reglamentan el sistema de insolvencia francés que reconoce la facultad discrecional del juez de homologar el acuerdo que resulte

Título II

Evolución legislativa del cramdown argentino

a) Evolución legislativa – b) La ley N° 24.522 – El rol más activo de los acreedores– c) El salvataje de empresas –d) La ley N° 25.563: derogación del artículo 48 – e) La Contrarreforma de la ley N° 25.589.-

II.- a) Evolución Legislativa:

En los orígenes del derecho concursal, los derechos de los acreedores predominaron abiertamente sobre la dignidad personal del deudor. De allí que la muerte, el destierro, la prisión, las sanciones infamantes y por supuesto el desapoderamiento de todos los bienes casi sin exclusión, eran características de los ordenamientos medievales.

La conservación de la empresa aparecía tímidamente con las primeras manifestaciones de las soluciones preventivas, las que, de todos modos eran decididas casi exclusivamente por los acreedores y lógicamente en consideración solo de su interés. Corresponde afirmar que este panorama no varió mucho durante varios siglos. Prueba de ello es que el Código de Comercio de 1.859/1.862 seguía manteniendo la prisión del fallido que no podía garantizar el pago de su pasivo; y la ley N° 4156 otorgó extensas facultades a los acreedores.

En el caso de la legislación concursal se ha advertido con razón un sentido pendular, un constante ir y venir del legislador, que ha oscilado entre una predominancia privatista y otra publicista, idas y vueltas que han sido analizadas por Dasso quien realiza el siguiente “resumen del péndulo”:⁵²⁹

I. Código de Comercio de 1.859 y 1.862: Sistemas publicista y punitorio.

más conveniente respecto de asegurar la consideración de los puestos de trabajo vinculados al conjunto cedido y el pago a los acreedores.

⁵²⁹ DASSO, Ariel: “La reforma de la ley de quiebras en el marco de emergencia”, L. L. 25/2/02, citado por Gerscovich, Carlos en “Ley 25.563 Reforma a la ley de CONCURSOS Y QUIEBRAS”.

2. Ley Nº 4156/1.902: Sistema privatista.
3. Ley Nº 11.719/1.933: Régimen publicista.
4. Ley Nº 19.551/1.972: Régimen publicista con mayor énfasis en la protección del crédito.
5. Reforma según Ley Nº 22.917/1.983: Insinúa un giro privatista.
6. Ley Nº 24.522/1.995: sistema privatista definido.
7. Proyecto M. I. 1.997: Recuperación de rasgos publicistas.
8. Ley Nº 25.563/2.002: Introduce en el sistema reformas netamente publicistas con protección al deudor y dilución de la fuerzas de la negociación en los acreedores.

Sin pretender efectuar en este punto, un análisis tan detallado de todo el régimen concursal argentino, retrotrayéndonos tanto en el tiempo; iniciaremos a continuación el estudio del instituto del *cramdown* a partir de su incorporación en la ley Nº 24.522.

II.- b) La ley Nº 24.522:

La ley de concursos y quiebras que lleva el número Nº 24.522 fue promulgada por Decreto 267/95 del Poder Ejecutivo Nacional (PEN) del 7 de agosto de 1.995, y publicada en el Boletín Oficial el 9 de agosto de 1.995, disponiéndose su entrada en vigencia una vez transcurridos escasos 8 días siguientes.

El Decreto 267/95 expresa que las reformas efectuadas a la Ley de Concursos y Quiebras introducen modificaciones trascendentes, de gran relevancia para las políticas de reestructuración y salvataje de empresas en dificultades y la renegociación de sus convenios colectivos de trabajo, como así también para la transferencia a nuevos empresarios de las plantas fabriles en liquidación, con el impacto consiguiente en las políticas de producción y empleo.

A su turno en el Mensaje de elevación del Proyecto del Ministerio de Economía N° 759 de fecha 12 de mayo de 1.994 detallaba, enumeraba cuales eran los objetivos perseguidos con la reforma. Así estableció:

- Flexibilización del procedimiento del concurso preventivo, con el objeto de permitir una amplia gama de soluciones para la superación de la crisis de la empresa.

- Incorporación de los acreedores, a través de un rol más activo, en la búsqueda de soluciones para la crisis falencial.

- Régimen de amplitud en la formulación de propuestas de acuerdo preventivo con la inclusión de previsiones en materia de categorización de acreedores y de ofrecimiento de opciones, dentro de cada situación particular, a las cuales pueden acceder los acreedores por su sola voluntad.

- Incorporación de una instancia ulterior –para ciertos supuestos especiales- frente al fracaso del deudor en la posibilidad de superación de la crisis permitiendo que acreedores o terceros interesados puedan acceder a un salvataje de la empresa, asumiendo el riesgo empresario y pagando un precio real por el valor de la empresa.

- Tratamiento particular de las relaciones laborales, simplificando trámites en materia de verificación incorporando normas en materia de fuero de atracción, y brindando una mayor elasticidad en la negociación de la relación laboral, en los casos de las empresas que atraviesen por la crisis concursal.

- Acotamiento de los poderes decisorios del juez, en cuanto a la posibilidad de evaluar en orden de mérito o conveniencia, las soluciones concursales acordadas entre acreedores y deudores.

- Reconocimiento del fenómeno de la realidad económica, no contemplado anteriormente por la legislación, incorporando prescripciones legales expresas que coadyuven a la superación de la crisis de los agrupamientos o sociedades.

- Disminución de los plazos y simplificación y reorganización de los procedimientos del régimen de liquidación en la quiebra, con el objeto de

permitir una pronta realización de los bienes, evitando el deterioro o pérdida del valor de los bienes de la empresa o de la empresa en marcha.

- Otorgamiento de una mayor estabilidad de los actos del deudor con el objeto de brindar una mayor seguridad jurídica a los acreedores.

- Reformulación del régimen sancionatorio previsto por la ley, previniendo la eliminación de determinados institutos en el cumplimiento de un requerimiento largamente procurado por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

- Disminución de los costos en los procesos concursales y en las quiebras.

- Reformulación de la función sindical y establecimiento de un nuevo régimen de postulación y ejercicio de la sindicatura concursal.

- La incorporación de profesionales de diversas áreas, con un papel activo y necesario, dentro de los procesos falenciales.

Hasta aquí hemos enumerado cuáles eran los propósitos, los objetivos de esta reforma, seguidamente nos detendremos a analizar solo aquellos que se relacionen directamente con nuestra investigación.-

Rol más activo de los acreedores

La Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) previó una mayor participación de los acreedores en el proceso, que al decir del Mensaje de Elevación del PEN se han constituido en “una pieza fundamental en el proceso de crisis empresarial...”⁵³⁰

Así se prevé la formación, constitución de un comité de acreedores en el concurso preventivo, que en una primera etapa adquiere carácter provisorio (integrado por tres (3) acreedores quirografarios denunciados por el deudor de mayor monto) y que queda conformado definitivamente una vez

⁵³⁰ Mensaje de elevación del Proyecto del Ministerio de Economía N° 759, de fecha 12 de mayo de 1.994.

determinadas y verificadas las acreencias (conformado por el acreedor de mayor monto de cada una de las categorías constituidas).

Tiene su precedente en la ley N° 19.551, que preveía la constitución de un órgano de contralor que podía estar o no integrado por acreedores y era optativo, asignándose en la ley actual un rol más activo.

El comité de acreedores es un órgano necesario de información, consejo y contralor, que sin embargo, de conformidad con el artículo 289, no es obligatorio en los pequeños concursos y quiebras.⁵³¹

En igual sentido, en la propuesta de acuerdo preventivo se regula la conformación de un comité de controladores integrado por los acreedores, y a cuyo cargo está la comprobación del control del acuerdo, siendo obligatoria su consulta, y su autorización en los actos de disposición, y en la comprobación del cumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor. Así dispone el artículo 45: *“...El deudor deberá acompañar, asimismo, como parte integrante de la propuesta, un régimen de administración y de limitaciones a actos de disposición aplicable a la etapa de cumplimiento, y la conformación de un comité de acreedores que actuará como controlador del acuerdo, que sustituirá al comité constituido por el artículo 42, segundo párrafo. La integración del comité deberá estar conformada por acreedores que representen la mayoría del capital.”*

El comité constituido en esta etapa para controlar el cumplimiento del acuerdo mantiene sus funciones en caso de declaración de quiebra como consecuencia de incumplimiento del acuerdo.

Tanto el comité provisorio como el definitivo, tiene en el concurso amplias facultades de información y consejo. Puede requerir información al síndico y al concursado; exigir la exhibición de libros; registros legales y contables; proponer planes de custodia y conservación del patrimonio del

⁵³¹ Ley N° 24.522 – Artículo 289.- “[Régimen Aplicable] En los presentes procesos no serán necesarios los dictámenes previstos en el art. 11, incs. 3 y 5, la constitución de los comités de acreedores y no regirá el régimen de supuestos especiales previstos en el art. 48 de la presente ley. El contralor del cumplimiento del acuerdo estará a cargo del síndico en caso de no haberse constituido comité de acreedores. Los honorarios por su labor en esta etapa será del uno por ciento de lo pagado a los acreedores”.

concurado; solicitar audiencias ante el juez interviniente y toda otra medida que considere conveniente.

En la etapa de liquidación en la quiebra el comité puede proponer medidas, sugerir a quien debe designarse para efectuar la enajenación de los activos o parte de ellos, fundando su proposición en razones de conveniencia para la mejor realización de los bienes; exigir información a los funcionarios del concurso; solicitar audiencias al juez interviniente y cuanta otra medida juzgue conveniente o considere oportuna en la etapa procesal de su actuación.

Otra prueba de la participación más activa de los acreedores, es la posibilidad de efectuar presentación de propuestas. También se permite a los acreedores presentar propuestas de acuerdo preventivo cuando el deudor ha fracasado en obtener las mayorías exigidas por la ley durante el período de exclusividad.

II.- c) El salvataje de empresas:

Bajo el título de Supuestos Especiales, la ley organiza un procedimiento con el propósito declarado de facilitar el “salvataje” de ciertas empresas en cesación de pagos cuyo concurso preventivo ha fracasado, o hubiere prosperado una impugnación efectuada al acuerdo.

Se procuró tutelar a la empresa y a sus acreedores, permitiendo la reconversión, reestructuración o salvataje del negocio, y también el patrimonio de los accionistas. Si bien esta posibilidad se reservó solo a ciertos concursados (Sociedad de Responsabilidad Limitada, Sociedad Anónima, la Cooperativa o Sociedad en la cual el Estado Nacional, Provincial o Municipal participara, cualquiera sea su participación), fue un aspecto novedoso de la legislación al permitir a los acreedores o terceros presentar propuestas de acuerdo.

Mucho se ha dicho y escrito sobre esta nueva figura, en particular que “se trata de la reformulación a nuestro sistema legal y al grado de avance en el país del análisis de riesgo y financiero en la reestructuración de empresas,

del sistema del “*cramdown*” de la legislación norteamericana, receptado en los últimos años en varios países europeos, que tras su utilización del modo que prevé el proyecto durante un cierto lapso podrá eventualmente profundizarse, a través de otra reforma legislativa”.⁵³²

Supone el derecho de los acreedores, y aún de los terceros de adquirir la totalidad de la participación que los socios o accionistas poseen en la sociedad deudora.

La adquisición se lleva a cabo mediante la compra de la totalidad de las participaciones sociales, y no de sus activos, como lo sería en el caso de la venta de la empresa fallida en marcha. Si bien se ha suprimido la frase “asumiendo los pasivos concursales” que figuraba en el proyecto elevado por el P.E.N se ha condicionado la compra a la conformidad de los acreedores con la propuesta de acuerdo formulada por el adjudicatario, quedando de este modo los socios o accionistas liberados del pasivo.

Para dar inicio al procedimiento de salvataje, la ley reguló que dentro de las 48 horas de concluido el período de exclusividad sin que el deudor hubiere obtenido las conformidades previstas para el concurso preventivo, el juez dispondrá (sólo cuando la concursada sea una de las personas jurídicas previstas) por el plazo de cinco (5) días la apertura en el expediente de un registro para que se inscriban y formulen ofertas, los acreedores y terceros interesados en la adquisición de la empresa en marcha, a través de la adquisición de las cuotas o acciones representativas del capital social de la concursada.

El juez deberá fijar el valor patrimonial de la empresa, según registros contables, teniendo en cuenta el informe general del síndico. Asimismo, conforme lo prescribe el artículo 262, se encuentra a cargo de los estimadores (bancos comerciales o de inversión, instituciones financieras o experto en materia financiera) efectuar el cálculo del valor presente de los créditos. Los estimadores son designados en esta oportunidad fijándose

⁵³² Mensaje de elevación del Proyecto del Ministerio de Economía N° 759, de fecha 12 de mayo de 1.994.

además la fecha de la audiencia informativa para que se lleve a cabo con cinco (5) días de anticipación al vencimiento del plazo previsto para la presentación de las propuestas.

Si vencido el plazo no hubiere ningún inscripto, (o de haberlo no obtuviera las conformidades requeridas) se declarará la quiebra. Si los hubiere, quedan habilitados por el plazo de diez (10) días para presentar propuestas de un acuerdo las que podrán modificar en dos oportunidades quedando firme la última propuesta presentada al momento del vencimiento del plazo.

Las propuestas deben presentarse en el expediente, teniendo amplitud para respetar o modificar las categorías predeterminadas. Debe obtenerse la conformidad de la mayoría absoluta de los acreedores verificados dentro de todas y cada una de las categorías que representen las dos terceras (2/3) partes del capital computable dentro de cada categoría. Dichas conformidades deben documentarse en forma escrita, con las firmas certificadas por escribano público, autoridad judicial, o administrativa –en el caso de entes nacionales, provinciales o municipales-.

El primero de los registrados que hubiere obtenido las mayorías con las formalidades previstas adquiere el derecho, si el acuerdo fuere homologado **a que le sea transferida la totalidad de la participación que los socios o accionistas poseen en la sociedad deudora**, por un valor que no puede ser inferior al fijado por el juez en la resolución que dispuso la apertura del registro, reducido en la misma proporción en que lo fuere el pasivo verificado y declarado admisible tomado a valor presente.

La homologación del acuerdo no dependerá de la apreciación judicial, sino de la existencia o no de impugnaciones, y en su caso de su procedencia.

Como se dijo, la determinación del valor presente de los créditos será efectuada por el juez con el auxilio de los “estimadores” de conformidad con el artículo 262, estimación que será irrevisable a los efectos del cálculo.

Si la propuesta de adquisición de la participación societaria fuera inferior a las bases estimadas, se requiere la conformidad de una “mayoría calificada” de los socios o accionistas, que resulta “atípica” en comparación con las mayorías previstas por la Ley de Sociedades. Juntamente con las conformidades, se debe depositar a la orden del juzgado en el banco de depósitos judiciales, el 25% del valor de la oferta con carácter de garantía de la propuesta.

Luego de aceptada la propuesta, de acreditadas las conformidades y de depositado el monto de la garantía de oferta, el juez se pronuncia sobre la existencia de acuerdo. Vencido el período de impugnaciones, se produce la homologación del acuerdo y se dispone el pago y la transferencia de las acciones o cuotas sociales.

Si bien este tema será desarrollado in extenso al considerar la redacción del artículo 48 en la ley N° 24.589, no podemos dejar de destacar en este punto que parte de la doctrina cuestiona la limitación del salvataje a determinadas entidades, quedando excluidas empresas con distintos tipos societarios a los enumerados, y aún unipersonales, como también los agrupamientos económicos, que pueden tener gran importancia económica y social.

Sostiene Lorente⁵³³ que, en un caso por exceso y en otro por omisión, la regulación del artículo 48 en cuanto a los sujetos a los que se puede aplicar el “*cramdown*” resulta incoherente.

No se aplica en los casos de Pequeños Concursos y Quiebras regulados por el Capítulo IV, cuyo artículo 289 en lo pertinente dispone: “*Régimen Aplicable: En los presentes procesos (...) no regirá el régimen de supuestos especiales previstos en el artículo 48 de la presente ley.*”

Asimismo se fueron excluidas las personas reguladas por las leyes N° 20.091, N° 20.321, N° 24.241, y las excluidas por leyes especiales.

⁵³³ LOENTE, Javier Armando: “Nueva Ley de Concursos y Quiebras – Comentada y Anotada” Ediciones Profesionales GOWA. Buenos Aires – Argentina. 1.995.

Otra notoria contradicción que puede encontrarse entre el fundamento de esta novedosa figura, la intención declarada⁵³⁴ y la regulada es el hecho que, a pesar de estar dirigida a permitir o facilitar la continuación de la empresa, al mantenimiento de una unidad productiva en el mercado lo cual supone una disminución, un aplacamiento de los efectos negativos de la quiebra; no se asegura que, quien la adquiera mediante el procedimiento de *cramdown* la mantenga realmente en actividad.

No se exigió al adquirente un plan de reflatamiento, de real salvataje de la empresa en crisis. Por el contrario, nada impide que, una vez adquirida, disponga su cierre o desguace lo cual entra en contradicción con el declarado fin de salvataje.

A este respecto, recientemente se reavivaron los debates a este respecto, en las IX Jornadas Rioplatenses de Derecho,⁵³⁵ entre quienes consideraban fundamental la presentación de un plan de saneamiento para evaluar la viabilidad de la propuesta, fundando su opinión en el derecho comparado; y quienes evaluaban que la presentación del plan resultaría una mera formalidad en nuestro país, en razón a que la inestabilidad económica tornaría, durante el transcurso del proceso, inviable cualquier plan el que debería ser permanentemente reformulado.

Para concluir podemos recordar que respecto a la introducción del salvataje Dasso⁵³⁶ tiene dicho que los cambios que introdujo la ley N° 24.522 se advierten fundamentalmente en el concurso preventivo, en el que se impone una segunda ronda de negociaciones, para determinados tipos de sujetos, que constituye una *chance* en la hipótesis de frustración o fracaso del acuerdo en la primera ronda.

⁵³⁴ Según el Mensaje del P.E.: “Con este procedimiento se procura tutelar a la empresa y a sus acreedores, permitiendo la reconversión, reestructuración o salvataje del negocio, y también el patrimonio de los accionistas, que recibirá una justa compensación por la participación societaria,....”. Ver Mensaje de Elevación del Proyecto del Ministerio de Economía N° 759

⁵³⁵ IX Jornadas Rioplatenses de Derecho, celebradas desde el 20 al 22 de octubre de 2.005 en San Isidro – Buenos Aires, en la conmemoración del 40º Aniversario de la creación del Colegio de Abogados de San Isidro.

⁵³⁶ DASSO, Ariel: “La reforma de la ley de quiebras en el marco de emergencia” L.L. 25/02/02, pag. 1 y ss.

Sostiene asimismo dicho autor que, la ley N° 24.522/1995 significó un verdadero giro copernicano en el derecho concursal argentino. Sus modificaciones sustanciales, contienen una télesis de marcado tinte privatístico que confronta con la ley N° 19.551/1.972, a la que derogó parcialmente. La introducción del “salvataje de empresas” puso a la doctrina argentina frente a la perplejidad de un instituto que confronta radicalmente con los principios medulares del ordenamiento.⁵³⁷

La ley de quiebras N° 24.522 no revirtió las dificultades que la economía exhibía en 1.995 pero funcionó como paliativo en las crisis de las empresas, habiendo tenido en general receptividad positiva a despecho de algunas falencias de las cuales la más notable y primeramente percibida fue la insuficiencia de la fórmula electa para la verificación de créditos.

El desborde económico acontece en el año 2.000 en el que una gravísima crisis se proyecta sobre el ámbito político y social, con una cesación de pagos generalizada y el incremento de la desocupación, con un índice superior al 20 %. No podrá extrañar entonces que en el marco de la grave emergencia económica e institucional el legislador procure una reforma, guiando siempre por el espejismo de una Ley de Quiebras salvadora.

Como es sabido, el salvataje inicialmente introducido en nuestro ordenamiento jurídico por la ley N° 24.522, fue luego derogado por la ley N° 25.563 y reimplantado con algunas pequeñas modificaciones por la ley N° 25.589, y se mantiene en la actual ley n° 26.086. Estas idas y vueltas del legislador, que no nos parecen atinadas, se compadecen, sin embargo, con la situación político-económica-institucional de la República Argentina.

II.- d) La ley N° 25.563: derogación del artículo 48.

La ley N° 25.563 de contenido y orientación otra vez eminentemente publicístico, evidencia un intervencionismo en el que se trata de evitar la

⁵³⁷ DASSO, Ariel : “La inactividad de la empresa no es óbice al cramdown”. La Ley – Siplemento de Concursos y Quiebras – Buenos Aires 14 de marzo de 2.004. pag. 10 y ss.

quiebra y proteger al deudor, con lo cual opera nuevamente el clásico bandazo pendular del que hablara Dasso, y que coloca a la legislación falimentaria en las antípodas de la filosofía anterior.

Inevitablemente, como consecuencia de la referida crisis que afectó no solo el ámbito económico y financiero, sino también el ámbito social e institucional, el crédito se extingue y es el que mayor deterioro experimenta como resultado de la nueva ecuación. Será muy difícil reconstituirlo.

Añade el autor referido, que la ley N° 24.522 facilita el acuerdo y que la reforma “prohíbe” quebrar. Además declara la emergencia productiva y crediticia hasta el 10 de diciembre de 2.003 y dedica dos capítulos: el primero de ellos (capítulo II) a la situación de los deudores en concurso preventivo y el capítulo III a las deudas del sector privado e hipotecario.

Procura, en la misma línea de la ley N° 24.522, la obtención del acuerdo en el concurso preventivo, a través de la protección que inmuniza al deudor y el marcado acotamiento de los derechos de los acreedores, en tanto se mantiene intacto el título III de la ley N° 24.522 dedicado a la quiebra.

A pesar de las bondades que respecto al salvataje refiere, destaca la nota de elevación del, entonces, proyecto de ley N° 24.522, y de la apropiada aplicación efectuada por parte de los tribunales, no obstante, el criterio legislativo en cuanto a su adopción ha variado, conforme la influencia decisiva de distintos factores sociales, políticos, etc.

El 30 de enero de 2.002 la Cámara de Diputados completó la sanción de la ley N° 25.563 denominada de “Emergencia – Quiebras- Deudas”, que conforme sostienen Barreiro y Lorente, tuvo un trámite legislativo irregular – *rectius*: Inconstitucional.⁵³⁸

Asimismo contiene cuestiones que nada tienen que ver con el régimen concursal como ser la suspensión de acciones judiciales y medidas cautelares contra deudores *in bonis*, la declaración de emergencia

productiva y crediticia y modificaciones a la ley de Entidades Financieras, etc.

Expresan los autores citados que, la parálisis de la actividad productiva, la desaparición del crédito (financiero o mercantil) y la rotura de la cadena de pagos son circunstancias económicas que, a criterio de nuestros gobernantes, requerían urgentes reformas legislativas.

No obstante que toda la ley N° 25.563 supone una explícita transitoriedad, las alteraciones dispuestas en torno a este instituto son de carácter perpetuo. Así dispuso:

ARTICULO 21. — *Derógase el artículo 48 de la Ley 24.522.*

Una encendida defensa del instituto del *cramdown* se encuentra en Dasso,⁵³⁹ quizás el principal sostenedor del mismo en nuestro medio. Se ocupa con detenimiento de la controversia planteada originalmente en el proyecto emanado del Poder Ejecutivo e introducida en el Senado, que sustituía al *cramdown* en el artículo 48, por la capitalización coactiva de todos los créditos por mera voluntad de la ley y sin participación de los acreedores. Según su opinión terminó con una solución salomónica y deplorable: ni lo uno ni lo otro. Por lo cual la Ley de Quiebras (versión 23.563) no tiene artículo 48, a pesar de que subsiste en el artículo 46.

Sus principales críticas apuntan a las siguientes cuestiones y aspectos:

1º) Como el Derecho de Emergencia no debe regir más allá de su plazo, salvo los efectos de actos producidos en el período de la emergencia, debió hablarse de “suspensión” y no de “derogación” del instituto.

2º) El legislador privó a todas las sociedades deudoras – particularmente a la PyMES- de un remedio eficaz para evitar la quiebra.

3º) Es de mala técnica legislativa reformar una ley de aplicación general para atender intereses de un particular o de un sector, por legítimos

⁵³⁸ BARREIRO, Marcelo y LORENTE, Javier: “Alteraciones transitorias al régimen de concursos y quiebras” Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal N° 54 – Buenos Aires - Marzo 2.002, pag. 14 a 23.

⁵³⁹ DASSO Ariel Ángel: “La reforma de la ley...” ob. cit. L.L. 25/2/02, pág. 6 y ss.

que fueren. Pero ello es peor aún cuando la Reforma, sin siquiera satisfacer aquellos intereses que pretende tutelar, perjudica a la inmensa mayoría de empresas en dificultades.

4º) Eliminar el *cramdown* significó, privar a las sociedades deudoras del medio legal más idóneo que tienen para superar la crisis y agravar los problemas de desocupación, por cuanto si la empresa se salva, evitando la quiebra, se mantendrá la fuente de trabajo.

5º) Pensar, como si se tratase de un apotegma, que el *cramdown* es la vía para que un especulador extranjero se quede a bajo precio con empresas económicas viables, es un fantasma que puede atormentar a pocas de ellas en cesación de pagos, hipótesis que nunca se ha dado en los muchos casos (medio centenar), homologados, entre ellos: una empresa con siete mil empleados en Córdoba; un hospital con 30 camas y una metalúrgica que pasó al control de una Cooperativa formada por sus obreros, en Mendoza; una de las principales exportadora de frutas en Neuquén; una constructora con 5 edificios y activos por 80 millones en Buenos Aires, entre otras.⁵⁴⁰

540 Las referencias siguientes provienen de la nota 43 del citado trabajo: DASSO, Ariel A. L.: "El primer *cramdown*", (resolución que hace saber el acuerdo: caso "Pedro y José Martín S.A." 3er. Juzgado de Procesos Concursales y Registros de Mendoza- doctor Guillermo Mosso-), La Ley, 1.997-B, 314:2). "La primera homologación de un *cramdown*", (comentarios al caso "Pedro y José Martín S.A.": 3er. Juzgado de Procesos concursales y registros de Mendoza –doctor Guillermo Mosso) La Ley 1.997-E, 178:3). "La operatividad del salvataje en la nueva ley concursal", (comentario al caso José Minetti Ltda. S.A": Juzgado 7ma. Nominación en lo Civil y Comercial Ciudad de Córdoba – doctora Silvana Chiapero de Bas-) La Ley 1997-E, 125-4). "Las turbulentas aguas del salvataje" (resoluciones ordenatorias del caso "Schoeller Cabelma S.A.": Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Comercial N° 11, Capital Federal –doctor Miguel E. Bargalló-), ED 175-176; 5). "El *cramdown* porteño" (caso Schoeller Cabelma S.A.: Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial N° 11, Capital Federal Dr Miguel E. Bargalló-). ED, 175-836; 6). "Cramdown: su frustración por la existencia de embargos sobre las acciones objeto de la transferencia forzosa", (comentario al caso "El Halcón SAT": Cámara Apelaciones Quilmes, sala II - dres. Manzi, Cassanello, Sec. Altieri.), ED, 178-489:7). "El segundo *cramdown* porteño" (comentario al caso "Diagnos SAMA s/concurso preventivo", Juzgado Nacional Civil y Comercial N° 1, Dr. José M. Dieuzeide), ED, 181-617;8). "La cooperativa *cramdista* de la empresa con acciones sin valor residual" (caso "Frannino Industrias Metalúrgicas SA", 3er. Juzgado de Procesos Concursales y Registros de Mendoza – doctor Guillermo Mosso-), La Ley 1999-B, 362; 9). "La transferencia forzosa de la empresa al socio *cramdista*", (comentario al caso "Mecanotur SRL" Juzgado Civil de 1ª. Insta. N° 7, Cipolletti, Neuquén – Doctor Alejandro Cabral y Vedia-), ED 187; 109; 10). "El *cramdown* y la empresa en marcha (comentario al caso "Canga SA", CNCom., sala E- Doctores M. Arecha, H. Guerrero, R.A. Ramírez, La Ley 2000-D, 310:119. "Es conservable la empresa detenida?" (comentario al caso SIAP S.A.: CNCom., Sala E, -dres. M. Arecha, H. Guerrero, M. A. Ramírez-) Rev. Colegio de abogados y Procuradores de la Prov. De La Pampa N° 51, pág. 8; 12). "Los derechos de los accionistas en el *cramdown*" (comentario al caso "Trigo Hnos. S.A." CNCom. Sala B, -dra. M. L. Gómez Alonso de Díaz Cordero, E. Butty-), Rev. De las Sociedades y Concursos N° 5 de

6º) Al suprimirse el artículo 48 las sociedades deudoras se enfrentarán a la situación en que estaban antes del *cramdown*, a expensas de la voluntad de los acreedores que presionarán para dar la conformidad a la propuesta hasta que satisfagan sus propias apetencias, con el dilema de hierro para el deudor de someterse o ir a la quiebra, en la cual cualquier competidor tendrá la mejor chance para especular pues a través del procedimiento liquidativo podrá adquirir la empresa en marcha en las mismas –o aún mejores- condiciones en las que se supone que podría haberlo hecho en el período del *cramdown*.

7º) Mientras que en el procedimiento del *cramdown*, el adquirente de la empresa debe respetar las relaciones laborales existentes y acordar la forma de pago de los créditos fiscales; no ocurre lo mismo en el caso de adquisición de la empresa en la quiebra (resultado inexorable de la no obtención del acuerdo preventivo con la supresión del instituto), ya que la empresa se transmite con relaciones laborales extinguidas y sin pasivos de ninguna naturaleza: ni laborales, ni fiscales, ni hipotecarios, ni quirografarios, pues todos los acreedores deberán concurrir a la larga y compleja distribución de remanentes después de pagados los gastos. Es decir, nada.

8º) La doctrina que se pronuncia contra el *cramdown* tiene fundamentos cuando cuestiona su falta de compaginación con los ordenamientos de fondo, y no le falta razón si lo que procura es una mejor regulación; pero su eliminación no tiene otra explicación que la ignorancia de su valiosa y por ello frecuente aplicación. Mientras exista el estado de crisis generalizada en la economía el instituto se justifica por sus resultados.

9º) El legislador no ha tenido en cuenta que al derogar el instituto contradice doctrina y jurisprudencia que auspician ampliar el espectro de

2.000, p. 37, 13). “Otro *cramdown* para el maestro ausente” (caso “Ferroviarias SA s/*cramdown*”, Juzgado de Procesos concursales y registros N° 1 de Mendoza- dr. Héctor Fragapane-, fallo del 14/05/01, La Ley 6/02/02, p.5:14) “Seraffini y Cia. SA s/conc. Prev.” Juzgado Nacionales de 1º. Instancia en lo Comercial de la Capital Federal N° 18, Dr. Fernandez Moores-, JA Sec.N° 35; 15). “Zetone y Sabbag SA s/conc. Prev.” Juzgado Nacional de 1ª. Instancia en lo Comercial de la Capital Federal N° 21, Dr. Perez Castañeda-, Sec. 41, los últimos dos inéditos. Ver por todo del autor “Quiebras Concurso preventivo y *Cramdown*”, Ad. Hoc, Buenos Aires 1.997, t. II; “Tendencias actuales del Derecho Concursal”, Ad Hoc, Buenos Aires, 1.999.

empresas susceptibles de *cramdown* eliminando el límite del artículo 289 de la Ley de Quiebras que impide su aplicación a los concursos de empresas con menos de 20 empleados, por cuanto “suprimirlo significa simplemente algo muy parecido al haraquiri”.

Así, bajo estos y otros argumentos autores como Dasso efectuaron oportunamente una razonada y razonable crítica a la derogación del instituto y sostuvieron que una ley de emergencia no podía derogar una ley de fondo, ni la derogación podía interpretarse como suspensión.

Otros autores, en cambio sostienen que aunque la norma predica la derogación del artículo 48, en realidad debe entenderse como “suspensión” de dicho instrumento hasta el 10 de diciembre de 2.003, pues no puede pretenderse otra cosa en una autoproclamada ley de emergencia.⁵⁴¹

Lo cierto es que por el plazo de vigencia de la ley, no podía aplicarse el procedimiento del *cramdown* en los concursos preventivos, por lo tanto si en el nuevo y extenso período de exclusividad el deudor no obtenía las conformidades necesarias, debía forzosamente ser declarado en quiebra.

Como consecuencia directa de la derogación del *cramdown*, se modifican los artículos 49, 50, 51 y 53, adecuando el sistema a esta ausencia. No obstante, no modificó el artículo 46 LCQ, manteniendo la remisión al artículo 48 derogado.

Con esta decisión el legislador pareció contradecir su pregonada intención de proteger a las empresas endeudadas pues evita una instancia que, con dificultades prácticas y notorias imperfecciones normativas, había sin embargo servido para mantener con vida una treintena de empresas (y fuentes de trabajo) durante los más de seis años de vigencia de la ley N° 24.522.

Para aquellos concursos preventivos en los que el trámite de adquisición de la empresa por un tercero ya estuviere en curso, la derogación del artículo 21, no surtía efecto, pues no podría afectar los

⁵⁴¹ BARREIRO, Marcelo y LORENTE, Javier: “Alteraciones ...”. Ob. cit.

derechos adquiridos de los acreedores y/o terceros, ni alterar situaciones jurídicas que se encuentran en curso.

Sabido es que frente a situaciones de crisis generalizadas, ningún sistema concursal funciona adecuadamente. No puede pretender eliminarse o frenarse por ley los perjudiciales, nocivos efectos de la equivocada implementación de un sistema económico a nivel nacional, ni los efectos de la inflación, ni las corridas bancarias, etc. La realidad no puede mejorarse con el solo cambio del sistema legal. La grave crisis que enfrentó el país a partir de diciembre de 2.001 provocó una serie de modificaciones al sistema jurídico argentino mediante las leyes Nº 25.561, Nº 25.562, y Nº 25.563 y la correspondiente reglamentación del Poder Ejecutivo, que intentaba –con soluciones a veces no muy realistas- evitar el desmoronamiento definitivo.

Una solución tan extrema como la eliminación del *cramdown* que efectuara el artículo 21 de la ley Nº 25.563, tiene su explicación en el proyecto originario que el P.E.N. remitió al congreso, en el cual se regulaba la capitalización compulsiva de los pasivos prevista en el artículo 48.

Así el artículo 48 del proyecto de ley Nº 25.563 enviado por el P.E.N en lo pertinente disponía: *“I.-En el caso de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Sociedades por Acciones –incluidas las en comanditas por acciones- y aquellas sociedades en que el Estado Nacional, provincial o municipal sea parte el deudor podrá ofrecer a sus acreedores la capitalización de sus acreencias mediante el procedimiento que se indica en este artículo. El juez del concurso aplicará esta capitalización a los acreedores – cualquiera fuera su naturaleza- aunque no se hubieran alcanzado las mayorías previstas por el art. 145 dentro de una categoría....”*

Vemos en dicho proyecto un retorno al sistema publicista, al reconocer al juez facultades para imponer la capitalización a los acreedores aún cuando no se hubiere alcanzado las mayorías requeridas.

En razón de esa nueva redacción – y sentido - dado al artículo 48, éste fue suprimido del texto definitivo de aquella ley.

El principal argumento esgrimido para sostener la defunción del *cramdown* era la posibilidad que las empresas nacionales fueran adquiridas por capitales buitres a precios irrisorios; sin considerar que en el más de medio centenar de *cramdowns* que se verificaron desde la sanción de la ley N° 24.522 solamente en uno de ellos se había producido la intervención de capitales extranjeros.⁵⁴²

En efecto, aunque no pueda negarse que la posibilidad exista, esta alternativa nunca había sido utilizada para transferir empresas nacionales a capital extranjero.

En las palabras de Junyent Bas y Chiavassa, pese a lo complejo del proceso establecido en el originario artículo 48, el salvataje empresario cumplió su objetivo en la cantidad importante de casos y su derogación por la ley N° 25.563, sólo se explica a la luz de un evidente desconocimiento del sistema legal.⁵⁴³

Otro aspecto que también debemos considerar es que luego de 10 años de apertura de mercado, sin ningún tipo de restricciones por parte del Estado Nacional hacia los capitales extranjeros que invirtieron en el país, ni control respecto al mantenimiento de la fuente de trabajo, remesas efectuadas al exterior, subvenciones y garantías especiales de rentabilidad otorgadas a los inversores extranjeros, etc., los “capitales buitres” a los que temía el Congreso (o los impulsores de la supresión del *cramdown*) ya no necesitaban del salvataje para apoderarse de las empresas nacionales.

Como sostuviéramos antes de ahora, resulta utópico pensar que las situaciones de insolvencia comercial, inmersas en una economía nacional en crisis, puedan solucionarse con, mecanismos empresariales individuales.⁵⁴⁴

⁵⁴² In re: “José Minetti S.A.” Juzgado de 7ª Nominación Civil y Comercial de Córdoba.

⁵⁴³ JUNYENT BAS, Eduardo y CHIAVASSA, Francisco: “El salvataje de la empresa, el *cramdown* en la ley 25.589”, La Ley. Año 2.004. p. 37.

⁵⁴⁴ Ver nuestro trabajo en coautoría, “El *cramdown* - ¿Una muerte anunciada?” de Sara L. Feldstein de Cárdenas, Mónica Sofía Rodríguez, Flavia Medina y Vera Baez Peña W. Ediciones Suárez. Mar del Plata 11, 12, y 13 de abril de 2.002.- Ponencia presentada en las IX Jornadas de Investigadores y Becarios, en la que sostuvimos que:

- Toda ley que pretenda una regulación de los concursos y quiebras no puede ser elaborada sin considerar, analizar, y contemplar la situación económica del país o área integrada en la que ella ha de tener vigencia.

Por ello, al poco tiempo, el salvataje, renovado, fue reestablecido por ley N° 25.589 ante la real necesidad de su reglamentación.

II.- e) La Contrarreforma

La modificación que se convirtió en ley N° 25.589 fue redactada en el ámbito del Ministerio de Economía de la Nación y la propuesta del Poder Ejecutivo Nacional propiciaba el reestablecimiento del artículo 48 de la ley N° 24.522, a los fines de “remover las causas condicionantes de la crisis, resultaba necesario favorecer el proceso de recuperación de las condiciones económicas y financieras para el desenvolvimiento de nuestro país y su inserción en la comunidad internacional”.⁵⁴⁵

El proyecto fue reelaborado en el Congreso de la Nación por las Comisiones de Legislación General y Presupuesto y Hacienda de la Honorable Cámara de Diputados, quien aprobó el texto en la sesión del 9 de mayo de 2.002. Este texto, considerado por la Comisión de Legislación General de la Honorable Cámara de Senadores, fue sancionado por el Senado de la Nación en la sesión del 15 de mayo de 2.002 y promulgada por el Poder Ejecutivo Nacional, fue publicada al día siguiente en el Boletín Oficial.

El artículo 13 de la ley N° 25.589 al derogar el artículo 21 de la ley N° 25.563, restablece el instituto conocido como cramdown, pero mejorándolo sustantivamente.

Aunque el nuevo texto no está exento de críticas y resulta perfectible, puede decirse que se ha simplificado su redacción facilitando su lectura y comprensión, posee una mejor sincronización de las distintas etapas del

-
- Que una futura legislación sobre concursos y quiebras debe contemplar la regulación de diversos mecanismos de salvaje de empresas en crisis.
 - Que dichos mecanismos deben elaborarse en consideración al ámbito territorial, y a la real situación económica del país o área en que va a regir.
 - Que resulta imperiosa la regulación del tema en el ámbito del MERCOSUR, a fin de permitir o facilitar la consolidación del área integrada y el deseado florecimiento económico.

⁵⁴⁵ Mensaje N° 629 de elevación del P.E.N. del proyecto de reforma a la ley N° 25.563, del 17 de abril de 2.002.-.

procedimiento de salvataje, desgranando los originarios cinco incisos en ocho.

La norma es más sincrónica y mejor redactada que la anterior y contiene dos novedades de importancia:

- 1) Se incluye al deudor como posible postulante para competir con los terceros interesados,
- 2) Se modifica la metodología de valuación.

No obstante, repite los errores de la ley N° 24.522, al no exigir un plan de saneamiento y puesta en marcha de la sociedad concursada, por lo que nada impide que aprobado el *cramdown*, y pagado el precio, el adquirente liquide la sociedad, sin consideración del posible interés social de la empresa o la situación de los trabajadores; lo cual hace que se lo cuestione como procedimiento de salvataje.

Además mantiene la limitación de la solución prevencional a los grandes concursos preventivos y a determinados tipos societarios; limitación que no contienen los sistemas del derecho comparado. Todas estas deficiencias, a igual que en el sistema anterior han sido objeto de extenso análisis y numerosas críticas por la más prestigiosa doctrina nacional, que considera que, una vez más se ha desperdiciado una buena oportunidad para una regulación adecuada de un sistema de salvataje por demás necesario en nuestro país.

Existen ahora en el procedimiento de salvataje dos etapas perfectamente diferenciadas:

- La primera es la solución concordataria del pasivo quirografario con los acreedores;
- La segunda será la negociación con los viejos socios.

Para que ésta tenga lugar, la ley prevé todo un sistema que determina una estimación del posible valor del capital social que, si es positivo, debe reducirse.

Una vez determinado el capital social, el oferente del *cramdown* puede:

1) Ofrecer pagar el 100% a los socios, caso en el cual la transferencia del capital social es irresistible;

2) Ofrecer pagarles un importe menor (cualquiera fuera el porcentaje, sin mínimo alguno). Esto implica formular una propuesta de acuerdo a los viejos socios, considerados ahora como clase.

Si el instituto del salvataje no existiera, la concursada enfrentaría inexorablemente la quiebra liquidativa. En ésta, los socios equivalen a la clase de los más subordinados de los acreedores, ya que sólo cobrarían - fuera y después de la distribución falencial- una cuota de liquidación, sobre el eventual saldo que se devuelve a la deudora cuando previamente se ha desinteresado al 100 % de los créditos preferentes, quirografarios y subordinados, más sus intereses posfalenciales (hipótesis jamás verificada en la realidad de las quiebras liquidadas del pasado).

Hemos analizado hasta aquí los vaivenes que ha sufrido este instituto y las posiciones de la doctrina especializada respecto al mantenimiento de su regulación. Corresponde entonces, efectuar el estudio de sistema instituido en el artículo 48 de nuestra actual Ley de Concursos.

Título III

El cramdown en el derecho argentino vigente

- a) El artículo 48 en la ley de Concursos y Quiebras - Causales de Apertura – Sujetos comprendidos – Sujetos excluidos - El procedimiento de valuación de las participaciones social - El esquema de negociación y acuerdo, tanto con los acreedores como con los socios.
- b) La administración de la sociedad durante el trámite del artículo 48.
- c) La empresa en marcha: Jurisprudencia, S.I.A.P. s/ quiebra. - Automundo S.A. s/ concurso preventivo - Correo Argentino.
- d) El *cramdown power*.

III.- a) El artículo 48 en la ley Nº 25.589:

El sistema tiene presupuestos sustanciales que lo caracteriza en cuanto supone los siguientes extremos:

- 1) Una empresa concursada, *rectius* una sociedad,
- 2) Que los titulares no hayan obtenido las conformidades de los acreedores durante el período de exclusividad, o
- 3) No hayan vehiculizado una propuesta, y por ende,
- 4) Se habilita a terceros interesados en adquirir la empresa para lo cual deben lograrse dos recaudos: el primero, el arreglo con los acreedores del pasivo concursal; el segundo, el pago de las participaciones societarias, previa valuación de su precio de mercado por expertos designados a tal fin.

ARTÍCULO 13°.- *Derógase el artículo 21 de la ley 25.563 e incorpórase como nuevo art. 48 de la Ley 24552, el siguiente texto:*

"Artículo 48: Supuestos especiales. En el caso de sociedades de responsabilidad limitada, sociedades por acciones, sociedades cooperativas, y aquellas sociedades en que el Estado Nacional, Provincial o Municipal sea parte, con exclusión de las personas reguladas por las Leyes Nros. 20.091,

20.321, 24.241 y las excluidas por leyes especiales, vencido el plazo de exclusividad sin que el deudor hubiera obtenido las conformidades previstas para el acuerdo preventivo, no se declarará la quiebra, sino que:

1) *Apertura de un registro.* Dentro de los dos (2) días el juez dispondrá la apertura de un registro en el expediente para que dentro del plazo de CINCO (5) días se inscriban los acreedores y terceros interesados en la adquisición de las acciones o cuotas representativas del capital social de la concursada, a efecto de formular propuesta de acuerdo preventivo. Al disponer la apertura del registro el juez determinará un importe para afrontar el pago de los edictos. Al inscribirse en el registro, dicho importe deberá ser depositado por los interesados en formular propuestas de acuerdo.

2) *Inexistencia de inscriptos.* Si transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior, no hubiera ningún inscripto, el juez declarará la quiebra.

3) *Valuación de las cuotas o acciones sociales.* Si hubiera inscriptos en el registro previsto en el primer inciso de este artículo, el juez designará el evaluador a que refiere el artículo 262, quien deberá aceptar el cargo ante el actuario. La valuación deberá presentarse en el expediente dentro de los treinta días siguientes. La valuación establecerá el real valor de mercado, a cuyo efecto, y sin perjuicio de otros elementos que se consideren apropiados, ponderará:

El informe del artículo 39, incisos 1 y 2, sin que esto resulte vinculante para el evaluador.

Altas, bajas y modificaciones sustanciales de los activos;

Incidencia de los pasivos postconcursoales.

La valuación puede ser observada en el plazo de cinco días, sin que ello dé lugar a sustanciación alguna. Teniendo en cuenta la valuación, sus eventuales observaciones, y un pasivo adicional estimado para gastos del concurso equivalente al cuatro por ciento del activo, el juez fijará el valor de las cuotas o acciones representativas del capital social de la concursada. La resolución judicial es inapelable.

4. *Negociación y presentación de propuestas de acuerdo preventivo.* Si dentro del plazo previsto en el inciso 1) se inscribieran interesados, éstos quedarán habilitados para presentar propuestas de acuerdo a los acreedores, a cuyo efecto podrán mantener o modificar la clasificación del período de exclusividad. El deudor recobra la posibilidad de procurar adhesiones a su anterior propuesta o a las nuevas que formulase, en los mismos plazos y compitiendo sin ninguna preferencia con el resto de los interesados oferentes. Todos los interesados, incluido el deudor, tienen como plazo máximo para obtener las necesarias conformidades de los acreedores el de veinte días posteriores a la fijación judicial del valor de las cuotas o acciones representativas del capital social de la concursada. Los acreedores verificados y declarados admisibles podrán otorgar conformidad a la propuesta de más de un interesado y/o a la del deudor. Rigen iguales mayorías y requisitos de forma que para el acuerdo preventivo del período de exclusividad.

5. *Audiencia informativa.* Con cinco días antes del vencimiento del plazo para presentar propuestas, se llevará a cabo una audiencia informativa, cuya fecha, hora y lugar de realización serán fijados por el juez al dictar la resolución que fija el valor de las cuotas o acciones representativas del capital social de la concursada. La audiencia informativa constituye la última oportunidad para exteriorizar la propuesta de acuerdo a los acreedores, la que no podrá modificarse a partir de entonces.

6. *Comunicación de la existencia de conformidades suficientes.* Quien hubiera obteniendo las conformidades suficientes para la aprobación del acuerdo, debe hacerlo saber en el expediente antes del vencimiento del plazo legal previsto en el inciso 4. Si el primero que obtuviera esas conformidades fuere el deudor, se aplican las reglas previstas para el acuerdo preventivo obtenido en el período de exclusividad. Si el primero que obtuviera esas conformidades fuese un tercero, se procederá de acuerdo al inciso 7.

7. Acuerdo obtenido por un tercero. Si el primero en obtener y comunicar las conformidades de los acreedores fuera un tercero:

Cuando como resultado de la valuación el juez hubiera determinado la inexistencia de valor positivo de las cuotas o acciones representativas del capital social, el tercero adquiere el derecho a que se le transfiera la titularidad de ellas junto con la homologación del acuerdo y sin otro trámite, pago o exigencia adicionales.

En caso de valuación positiva de las cuotas o acciones representativas del capital social, el importe judicialmente determinado se reducirá en la misma proporción en que el juez estime -previo dictamen del evaluador- que se reduce el pasivo quirografario a valor presente y como consecuencia del acuerdo alcanzado por el tercero. A fin de determinar el referido valor presente, se tomará en consideración la tasa de interés contractual de los créditos, la tasa de interés vigente en el mercado argentino y en el mercado internacional si correspondiera, y la posición relativa de riesgo de la empresa concursada teniendo en cuenta su situación específica. La estimación judicial resultare es irrecurrible.

Una vez determinado judicialmente el valor indicado en el precedente párrafo, el tercero puede:

Manifestar que pagará el importe respectivo a los socios, depositando en esa oportunidad el 25 por ciento con carácter de garantía y a cuenta del saldo que deberá efectivizar mediante el depósito judicial, dentro de los 10 días posteriores a la homologación judicial del acuerdo, oportunidad esta en la cual se practicará la transferencia definitiva de la titularidad del capital social; o,

Dentro de los 20 días siguientes acordar la adquisición de la participación societaria por un valor inferior al determinado por el juez, a cuyo efecto deberá obtener la conformidad de socios o accionistas que representen las dos terceras parte del capital social de la concursada. Obtenidas esas conformidades el tercero deberá comunicarlo al juzgado y, en su caso, efectuar depósito judicial y/o ulterior pago del saldo que pudiera

resultar, de la manera y en las oportunidades indicadas en el precedente párrafo (i), cumplido lo cual adquirirá definitivamente la titularidad de la totalidad del capital social.

8. Quiebra. Cuando en esta etapa no se obtuviera acuerdo preventivo, por tercero o por el deudor, o el acuerdo no fuese judicialmente homologado, el juez deberá la quiebra sin más trámite.

Como hemos podido observar de la lectura anterior, se incluyen en un solo artículo los aspectos sustantivos que hacen a los presupuestos del sistema de salvataje, o sea:

- 1) Los supuestos de apertura,
- 2) Los sujetos comprendidos,
- 3) El procedimiento de valuación de las participaciones social,
- 4) El esquema de negociación y acuerdo, tanto con los acreedores como con los socios.

1) Causales de apertura:

El primer párrafo del artículo 48 dispone que la no obtención de las conformidades, habilita la apertura del procedimiento.

También constituye causal objetiva, la no presentación en el expediente de la propuesta por parte de la deudora, es decir cuando el deudor no publicita la propuesta con veinte (20) días de anticipación al vencimiento del período de exclusividad (artículo 43, 5° párrafo LCQ). Así lo determinó la jurisprudencia en los autos “Expreso Córdoba Mar del Plata S.R.L.”: *Que la concursada no ha presentado en autos propuesta de acuerdo preventivo respecto de los créditos verificados y declarados admisibles conforme lo dispone el artículo 43 penúltimo párrafo, según lo certifica la actuario.*⁵⁴⁶

⁵⁴⁶ “Expreso Córdoba Mar del Plata S.R.L – Concurso preventivo, Sentencia Número 72 de fecha 29 de mayo de 2.003, Juzgado de 1° instancia y 39 Nom.C. y C. a cargo de la doctora Verónica Martínez de Petrazzini, inédito. Referencia tomada de JUNYENT BAS, Eduardo y CHIAVASSA, Francisco: “El salvataje de la empresa, ...” ob. cit. p 64.

También se debe proceder a la apertura del procedimiento en caso de que resulte acogida o prospere una impugnación deducida contra la propuesta del deudor, artículo 51, 1° párrafo, siempre que no provenga de un proceso de *cramdown*.

El referido artículo 51 en lo pertinente establece: *“Tramitada la impugnación, si el juez la estima procedente, en la resolución que dicte debe declarar la quiebra. Si se tratara de sociedad de responsabilidad limitada, sociedades por acciones y aquellas en que tenga participación el Estado nacional, provincial o municipal, se aplicará el procedimiento previsto en el art. 48, salvo que la impugnación se hubiere deducido contra una propuesta hecha por aplicación de este procedimiento. (...)”*

En la misma resolución que dicta el juez estimando procedente una impugnación del acuerdo, debe declarar la apertura del registro del artículo 48 para la inscripción de los interesados en efectuar propuestas. La decisión que estima procedente alguna impugnación es apelable al sólo efecto devolutivo por el concursado.

En el proceso falencial de la empresa Emplame Villa Constitución y Pavón Ltda. Coop. Agrícola, se determinó que el instituto del *cramdown* legislado en el artículo 48 de la ley N° 24.522 adquiere operatividad ante el único supuesto de fracaso del acuerdo preventivo, con la finalidad de evitar la declaración de quiebra y de ese modo posibilitar la continuidad de la empresa, por lo que es inaplicable ante la quiebra decretada con motivo del rechazo de la presentación en concurso preventivo del deudor.⁵⁴⁷

2) Sujetos Comprendidos:

Como ya se habrá advertido, la posibilidad de acceder a este procedimiento de recuperación, reflatamiento o salvataje, no está abierta a todos los deudores que se encuentren en un proceso concursal, sino que está “reservado” para algunos. La ley prevé expresamente cuales empresas

⁵⁴⁷ “Emplame Villa Constitución y Pavón Ltda. Coop. Agrícola, quiebra. Cámara Civil y Comercial Rosario Sala III, 19/05/1.997. LL Litoral, 1.997-834.

son susceptibles de "*cramdown*" una vez que haya fracasado durante el período de exclusividad la propuesta de acuerdo ofrecida por el deudor.

Como ya se ha dicho, la ley reservó con exclusividad este procedimiento a aquellas empresas que funcionan bajo el tipo social de responsabilidad limitada, sociedades anónimas y comanditas por acciones, aquellas en que el Estado Nacional, provincial o municipal sea parte y las sociedades cooperativas. En este aspecto, la ley admite un "número claussus" de sujetos habilitados para obtener el procedimiento de salvataje.

Di Tullio, Macagno y Chiavassa⁵⁴⁸ señalan que el criterio más importante para seleccionar este número cerrado de sujetos pasivos del *cramdown* es el de la limitación de responsabilidad, por cuanto al seleccionar aquellas sociedades en las cuales la ley limita la responsabilidad al aporte realizado por el socio, es viable establecer la independencia entre el patrimonio de dichos socios y el de la sociedad, logrando de esta manera una transmisibilidad factible de las participaciones societarias.

Villanueva⁵⁴⁹ explica que la limitación del instituto se debe a las dos vetas caracterizantes de este tipo de sociedades: la división del capital en cuotas o acciones y la limitación de la responsabilidad de los socios. De admitirse el salvataje de sociedades de personas, el adjudicatario asumiría responsabilidad ilimitada y solidaria lo que no facilitaría este tipo de alternativa saneatoria.

Así entonces, podemos decir que los criterios de selección empleados para definir el aspecto subjetivo del procedimiento del salvataje son:

a) Los socios limitan su responsabilidad al capital efectivamente suscripto. Obvias son las exclusiones que realiza la ley respecto de las personas físicas y de las sociedades personalistas.

b) La posibilidad de identificar con precisión a la sociedad sometida al salvataje y quienes son sus socios, accionistas o asociados. Ello en virtud de

⁵⁴⁸ DI TULLIO, José, MACAGNO, Ariel, CHIAVASSA, Eduardo: "Concursos y Quiebras – Reformas a las leyes 25.563 y 25.589". Lexis Nexis – Depalma. p. 96.

⁵⁴⁹ VILLANUEVA, Julia: "Concurso preventivo", Ed. Rubinzal Culzoni, 2.003, p.455.

los requisitos propios que impone el ordenamiento legal en orden a las inscripciones registrales que se le exigen a cada tipo social.

c) La relativa facilidad en la transmisión de las participaciones sociales, teniendo en cuenta la celeridad que la terminal situación de la empresa requiere en caso concreto.

¿Quiénes resultan entonces los sujetos “cramdownables”?

Las sociedades comerciales: La ley habilita solamente a aquellos tipos sociales donde los socios limitan su responsabilidad y la instrumentación de dicho estado se realiza mediante títulos específicos (cuotas o acciones) que permiten su transmisibilidad sin modificar el contrato social.

La sociedad de responsabilidad limitada: En las SRL el capital se divide en cuotas y los socios (que no pueden exceder de cincuenta), limitan su responsabilidad al capital que suscribe, pero garantizan solidariamente e ilimitadamente su integración (artículo 150 Ley de sociedades). Además, la sobrevaluación en los aportes al tiempo de la constitución o aumento de capital hará responsables a los socios en forma solidaria e ilimitada por el plazo de 5 años de realizado el aporte (artículo 51 y 150 de la Ley de Sociedades).

Si durante este lapso se produce el concurso de la S.R.L., se habilita a ejercer las impugnaciones por el aporte realizado, y así si fracasa el concordato y la sociedad es sometida a salvataje, al producirse la transferencia a un tercero, los acreedores podrán hacer valer plenamente la responsabilidad de los viejos socios en razón del aporte deficitario por las obligaciones contraídas por la sociedad hasta el momento de producida la insolvencia.

Se plantea algún tipo de inconveniente cuando el artículo 150 LS dispone “...*El adquirente garantiza los aportes en los términos de los párrafos primero y segundo, sin distinción entre obligaciones anteriores o posteriores a la fecha de la inscripción*”. Es decir que el tercero adquirente

garantiza la integración de los aportes hacia los acreedores sociales en forma ilimitada y solidaria.

Si la valuación patrimonial de la S.R.L. fuere positiva, el cramdista deberá abonar a los viejos socios el valor por sus participaciones sociales, pero podrá negarse a abonar dicha suma con fundamento en la responsabilidad que le endilga el artículo 150 LS, y depositarla imputándola a la integración del aporte faltante respecto del socio moroso. En tanto que en caso de ser insuficiente esta retención, o cuando la sociedad fuere valuada negativamente, el tercero interesado deberá hacer frente a la integración del aporte faltante.

La sociedad Anónima: Se caracteriza por poseer un capital dividido en acciones y socios con limitación de responsabilidad a la integración del capital suscrito. Si el socio ha suscrito sus acciones pero no las ha integrado totalmente, es un deudor frente a la sociedad, por cuanto deberá compelerlo hasta el total desembolso, más allá de la solución de los artículos 192 y 193 LS.

La sociedad en comandita por acciones: Es un tipo societario en donde se conjugan dos categorías de socios: los comanditados (que responden solidariamente por las obligaciones sociales) y los comanditarios (que sólo responden por el capital suscrito). A su turno, el capital se divide en una parte de interés, y la otra parte se divide en acciones.

En opinión de Dasso, quedan fuera de la posibilidad de salvataje aquellas sociedades cuyo tipo societario no admite la responsabilidad “limitada in límine”.⁵⁵⁰

Manóvil afirma que si el legislador optó por no mezclar en este sistema a las sociedades con socios ilimitada y solidariamente responsables, debido a las dificultades prácticas en lo relativo al régimen personal de

⁵⁵⁰ DASSO, Ariel A.: “Cramdown. La transferencia forzosa de la empresa insolvente”. La Ley. 1.994 – E. 1231.

responsabilidad, resulta incongruente aplicar el sistema al caso del socio comanditado.⁵⁵¹

Por su parte Junyent Bas, y Chiavassa⁵⁵², sostienen que no puede entenderse como aplicable el instituto sólo a la parte comanditaria, por cuanto podría optarse entre asumir una postura negatoria del salvataje, o efectuando una interpretación armónica, adaptar el instituto del salvataje a toda la sociedad por más que uno de los socios responda ilimitadamente, alternativa, esta última a la que adhieren.

Fundamentan el criterio adoptado en el artículo 321 LS en cuanto dispone que la asamblea se conforma, se integra con socios de ambas categorías, y la parte de interés de los comanditados se considerarán divididas en fracciones del mismo valor de las acciones a los efectos del quórum y del voto. Con este mismo criterio, la parte comanditada se dividirá en fracciones del mismo valor que las acciones a los fines de concretar el traspaso forzoso de las participaciones sociales. No obstante, subsiste su responsabilidad ilimitada por las obligaciones contraídas por la sociedad, manteniéndose las condiciones de contratación que tuvieron en cuenta los acreedores al negociar con la sociedad en comandita.

Asimismo, la falencia de la sociedad en comandita por acciones importará la del socio comanditario, eso es, la del socio ilimitado y solidariamente responsable al momento en que las obligaciones fueron contraídas.

Terminado exitosamente el *cramdown*, se habrá producido la desaparición forzosa del socio comanditado, al haberse producido la división en fracciones del mismo valor que las acciones de la parte comanditada. Inevitablemente la sociedad deberá transformarse, ya sea en una S. A. o adoptar la forma de una SRL.

⁵⁵¹ MANOVIL, Rafael: "El *cramdown*: crítica de algunos de sus aspectos societarios, en Derecho Societario Argentino e Iberoamericano", t. III, ps. 71 y ss.

⁵⁵² JUNYENT BAS, Eduardo y CHIAVASSA, Francisco: "El salvataje de la empresa, ... ob. cit. p. 72.

Las cooperativas: Si bien la naturaleza societaria de las cooperativas ha sido un tema discutido y puesto en duda por parte de la doctrina⁵⁵³, la cooperativas encuadran dentro del moderno concepto de sociedad comercial que introdujo la ley N° 19.550.

Asimismo se ha discutido, cuestionado la posibilidad de que las cooperativas puedan ser beneficiarias del procedimiento del *cramdown*, dado su imposibilidad de transformación en una sociedad comercial.⁵⁵⁴

Lorente entiende que de resultar exitoso el *cramdown* de una sociedad cooperativa, es elemental suponer que no podrá seguir operando por mucho tiempo más como cooperativa, lo que en definitiva, iría en contra de la prohibición de la ley de cooperativas.⁵⁵⁵

Jurídicamente hablando resulta imposible que la totalidad de las participaciones de los socios de una cooperativa sea transferida a un tercero como si fuera un tipo ordinario más de sociedad comercial. El artículo 6 de la Ley de Cooperativas N° 20.337, establece que no pueden transformarse en sociedades comerciales ni asociaciones civiles, resultando nula toda resolución en contrario.

El autor antes citado refiere que su inclusión está orientada a las cooperativas cuyo objeto son actividades financieras, bancarias o de crédito, y hubiera bastado su mención específica en el texto del artículo 48 para soslayar esta crítica.

A su turno Vítolo sostiene que lo que se permite a través del sistema del salvataje es que pueda rescatarse la actividad productiva de bienes o de servicios de las sociedades cooperativas, y bajo el régimen de sociedades cooperativas. Se permite el rescate de la empresa bajo el mismo régimen de cooperativismo con el que fue concebida, esto está como carga en cabeza

⁵⁵³ Así COLOMBRES, Gervasio tiene negado el carácter societario de las cooperativas. Ver obra "Curso de derecho societario", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.972. p. 70.

⁵⁵⁴ MANOVIL, Rafael: Rev. Antecedentes Parlamentarios (ley 24.522), N° 7 año 1.995, p. 422.

⁵⁵⁵ LORENTE, Javier Armando: "Nueva Ley de Concursos y Quiebras – Comentada y Anotada" Ediciones Profesionales GOWA. Buenos Aires – Argentina. 1.995. p. 145.

de los adquirentes pues sigue rigiendo sobre el tema la legislación de fondo.⁵⁵⁶

El artículo 48 al someter a las cooperativas al salvataje, no está imponiendo su transformación para que la misma continúe su vida jurídica bajo otro tipo societario. Se debe rescatar una cooperativa respetando los principios mismos de su régimen particular.

El capital de las cooperativas no es un elemento esencial ni tipificante pero constituye el medio para cumplir con el fin de servicio a sus asociados, realizando el objeto previsto en el estatuto. La cuota social es la porción más pequeña en que el capital puede ser dividido. Sus dos caracteres legales más importantes son: el límite de responsabilidad de los asociados por las obligaciones sociales y la transmisibilidad limitada a asociados. Si bien este último aspecto puede entrar en colisión con el rescate empresario, es la misma ley la que faculta a través del *cramdown*, la transmisión o transferencia de las cuotas sociales; es la misma ley la que autoriza el ingreso de nuevos asociados que propiciarán la normalización de la vida jurídico-societaria de la entidad. Producidos estos cambios, rige en su plenitud la limitación impuesta por la ley específica de cooperativas.

La sociedades del Estado: Descartadas las personas jurídicas de carácter público (el Estado Nacional, provincial o municipal, entidades autárquicas y la Iglesia Católica), el artículo 48 extiende la posibilidad de salvataje a las Sociedades en donde el Estado nacional provincial o municipal tenga participación, aunque la doctrina difiere si dicha participación puede ser mayoritaria o debe ser minoritaria.

Por nuestra parte, entendemos que no debe distinguirse donde la ley no lo ha hecho, y siendo así, resultaría intrascendente el porcentaje de la participación del Estado en la sociedad para posibilitar su acceso al *cramdown*.

⁵⁵⁶ VÍTOLO, Daniel Roque: "Iniciación en el estudio del nuevo régimen legal de Concursos y Quiebras – Ley 24.522". Ed. AD-HOC. 1.995.

El agrupamiento empresario: El grupo consiste en una unidad de emprendimiento llevada a cabo por varias personas físicas o jurídicas, es decir, existe unidad económica y pluralidad jurídica.

En efecto, nuestra ley de concursos y quiebras vigente contiene diversas normas sobre el concurso en caso de grupos económicos y sobre extensión de la quiebra. En sus artículos 65 a 68 regula un procedimiento concursal especial para el caso que alguna de las empresas que compone un grupo económico se encuentre en cesación de pagos. Este procedimiento particular se caracteriza por la necesidad de concursar a todas las personas que integran el grupo, aunque alguna de ellas no se encuentre en estado de cesación de pagos, siempre que exista la certeza de que tal estado de las demás integrantes del grupo pueda afectarla.

Entre los aspectos más importantes corresponde destacar que: resulta competente el juez al que le corresponda entender en el concurso de la persona con activo más importante; la sindicatura en principio es única, al igual que el informe general del síndico; se seguirá un procedimiento concursal por cada persona física o jurídica que integre el agrupamiento, etc.⁵⁵⁷

A su turno, la ley concursal establece un mecanismo de extensión de la quiebra en los artículos 160 a 171. La decisión de extender la quiebra persigue, busca ampliar la masa activa que responderá frente a los acreedores. Esto significa que el sujeto al que se le extiende la quiebra no necesariamente será insolvente, lo que genera serios cuestionamientos a causa de la pérdida de la empresa en marcha, de las fuentes de trabajo y de la muy factible realización a valores inferiores a los reales.⁵⁵⁸

⁵⁵⁷ DUER, Gabriela: "El concurso en caso de grupos económicos en la ley de concursos"; en *Revista Errepar*, septiembre de 2.000.

⁵⁵⁸ Sin entrar en un estudio pormenorizado de la insolvencia de los grupos empresariales, por excederse del campo de investigación propuesto en esta oportunidad debemos sin embargo referir que el artículo 161 prevé los casos en que existe alguna conducta reprochable de sujetos vinculados con la fallida que amerita la extensión de la quiebra como sanción.

El primer supuesto contemplado en el artículo 161 LCQ es el de la extensión de la quiebra por actuación en interés personal y pretende sancionar la actuación del socio, que bajo la apariencia de la fallida ha efectuado actos en interés personal, y dispuesto de los bienes sociales como si fueran propios, en fraude a los acreedores. En este caso, se debe configurar: 1) la actuación de un sujeto

Es dable destacar que el artículo 172 consagra el principio de licitud de los agrupamientos: *"Cuando dos o más personas formen grupos económicos, aún manifestados por relaciones de control pero sin las características previstas en el artículo 161, la quiebra de una de ellas no se extiende a las restantes"*. Por ende, según esta norma la existencia de un grupo económico no implica *per se* la extensión de la quiebra de uno de los restantes miembros del agrupamiento.⁵⁵⁹

En caso de fracaso del concurso preventivo de aquellos miembros del grupo que caigan dentro de las previsiones del artículo 48, la apertura del salvataje se impone. En cambio cuando se trate de sujetos no contemplados en el artículo 48 la consecuencia inevitable será la quiebra de los mismos. Se efectúan tantas propuestas cuantas personas concursadas existan cada una de estas responderá con sus activos al pago del pasivo concursal.

Sin embargo, la aplicación del salvataje a aquellas sociedades enumeradas por el artículo 48 que forman parte del grupo será factible siempre que, dictada la sentencia de quiebra de algunos de los miembros del grupo, no se den los presupuestos que establece el artículo 161 de la LC⁵⁶⁰ en torno a la extensión de la quiebra de la controlante. Firme la

distinto del fallido sea persona física o jurídica; 2) la actuación en interés personal, bajo la apariencia de que los actos eran realizados por la fallida; 3) la disposición de los bienes en su beneficio; 4) la actuación en fraude a los acreedores.

El segundo supuesto que prevé el artículo 161 es el de la extensión de la quiebra a la sociedad controlante por abuso de control societario. Aquí, se deben reunir las siguientes condiciones: 1) la sociedad controlante debe ostentar el control de la fallida principal; 2) la fallida debe ser parte del grupo económico de la controlante; 3) el control debe tener por finalidad desviar el interés social de la quebrada, en interés de la controlante o de todo el grupo económico, 4) debe existir una dirección unificada a la que quedó sometida la sociedad controlada.

Finalmente, el tercer supuesto es el de confusión patrimonial inescindible, es decir aquella que impide la determinación clara de los activos y pasivos de cada sociedad. Se comprueba la existencia de una sola unidad patrimonial, distribuida en distintos titulares, que hace necesaria la quiebra por extensión a todos éstos a fin de reunir en una sola masa las diversas porciones del patrimonio insolvente.

Mientras que en los dos primeros casos, se formarán y se liquidarán masas separadas, una por cada quiebra, a las que concurrirán los acreedores de cada deudor, en el tercer supuesto, se formará una sola masa que se distribuirá entre los acreedores de todas las fallidas.

⁵⁵⁹. Tal como podemos apreciar, nuestra legislación concursal si bien se ocupa del fenómeno de los grupos económicos, nada dice al respecto de su actuación internacional, pese a la posibilidad cada vez más frecuente de que ello ocurra atento al desarrollo actual de las relaciones comerciales internacionales.

⁵⁶⁰ Ley de Concursos y Quieras N° 24.522 - Artículo 161.- [Actuación en Interés Personal. Controlantes. Confusión Patrimonial]: La quiebra se extiende:

1) A toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores.

sentencia de quiebra de uno de los integrantes, y configurados aquellos presupuestos, la extensión de la quiebra debe primar aún en caso de que la sociedad controlante haya sobrevivido en virtud del cumplimiento exitoso del salvataje. Es decir que va a prevalecer, a primar la sanción falencial por sobre la preventiva en razón de la actuación antijurídica de la controlante al ocasionar con su accionar daños a los acreedores de la fallida principal.⁵⁶¹

En caso que el grupo efectúe una propuesta unificada, la falta de obtención de las mayorías importará la declaración de quiebra de todos los concursados.

Tiene la ventaja de permitir la compensación de excedentes de conformidades logradas en ciertas categorías con los déficits de aprobación en otras, y de calcularse los porcentajes respectivos sólo sobre capital y no sobre personas. La desventaja es que el fracaso en la obtención de las conformidades acarrea la quiebra de todos los sujetos vinculados.

Ahora bien, si fracasa una propuesta de acuerdo unificada, ¿debe primar el artículo 48 abriendo el salvataje o el artículo 67 sentenciando las diversas quiebras?

Rivera⁵⁶² entiende que los terceros podrán hacer propuesta por todo el agrupamiento o por alguna de las sociedades individualmente considerada. Si el grupo hay sujetos no enumerados en el artículo 48, se declarará la quiebra respecto de ellos. Y si existiera una propuesta unificada y otra para una de las sociedades del grupo, debe preferirse la propuesta unificada.

2) A toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte.

A los fines de esta sección, se entiende por persona controlante:

a) Aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social.
b) Cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párr. a.- precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso.

3) A toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos.

⁵⁶¹ JUNYENT BAS, Eduardo y CHIAVASSA, Francisco: "El salvataje de la empresa, ...". Ob. cit. p. 79

⁵⁶² RIVERA, Julio Cesar, "Instituciones de Derecho Concursal" Editor Rubinzal-Culzoni Editores T. I, p. 130.

Mosso⁵⁶³ destaca que debe prevalecer la solución contenida en el artículo 48 LC por sobre el artículo 67, debiéndose permitir la apertura del *cramdown* respecto de las sociedades presentadas en concurso conjunta y simultáneamente, enumeradas por aquel dispositivo legal.

Para Manóvil⁵⁶⁴ cuando el agrupamiento optó por el régimen de propuesta conjunta, el salvataje sólo puede funcionar cuando no existen sujetos excluidos de su aplicación y siempre que quien lo pretenda ejercer, lo haga respecto de la totalidad de las sociedades agrupadas.

Para Junyent Bas y Chiavassa⁵⁶⁵ en caso de fracaso de la propuesta unificada por parte del grupo económico y estando todos sus integrantes comprendidos en la enumeración del artículo 48, la solución preventiva se impone sin vacilaciones, pues expresamente se le confiere legitimación en esta segunda vuelta a las sociedades concursadas.

Si sólo algunos de los componentes del agrupamiento encuadran dentro de los sujetos habilitados por el artículo 48, deberá abrirse el procedimiento de salvataje en forma individual para cada sociedad, renaciendo las posibilidades de lograr el acuerdo concordatorio ante la inscripción de un tercero.

Sujetos excluidos

Existen entonces, según lo expuesto, solo ciertos sujetos que pueden acceder al *cramdown*, quedando otros excluidos ya sea en forma expresa por la ley, o simplemente por no haber sido considerados dentro de las inclusiones.

Ahora bien, se excluye expresamente de este sistema a las empresas aseguradoras, las mutuales y las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones; y en su artículo 289 a los pequeños concursos, entendiéndose por tales, aquellos concursos en los que indistintamente se da alguna de las

⁵⁶³ MOSSO, Guillermo: "Ámbito subjetivo del 'Cramdown' argentino", 173.840. y "Cramdown y otras Novedades concursales" Ed. Argentina. Año 1.998.

⁵⁶⁴ MANOVIL, Rafael: "Grupo de sociedades en el derecho comparado", Ed. Abeledo Perrot, Bs As., 1.998. p. 1144, nota 789.

siguientes hipótesis: a) pasivo inferior a \$100.000.-, b) no más de veinte acreedores quirografarios, c) no más de veinte trabajadores en relación de dependencia.

No debemos olvidar que sin mencionarlas o excluirlas expresamente, "olvida" a las explotaciones individuales, a las pequeñas y medianas empresas (Pymes), las sociedades de personas, que podemos decir, son aquellas en las cuales las situaciones financieras críticas se producen con más asiduidad, más que en las reconocidas por la norma. Cabe agregar que además de este requisito formal, quienes quieran hacer uso de este sistema de salvataje deben inscribirse en el registro, temporáneamente, y sólo ellos serán los habilitados para formular propuestas de acuerdo a los acreedores y éste es el único alcance que se le debe dar a su intervención.

Consideraremos para concluir una posible solución a esta parte del artículo relativa a los sujetos comprendidos y los excluidos.

Tampoco debemos olvidar que el legislador no tuvo en cuenta ni la magnitud de la empresa, ni su giro comercial, ni la mano de obra que genera, ni los acuerdos comerciales a largo plazo y sus posibles beneficios que tuviera, los préstamos que hubiere de recibir, las economías regionales y toda una serie de actos y hechos que hacen que una empresa sea "útil socialmente"; sino que él limitó el sistema, tal como ya lo analizáramos para aquellas empresas con responsabilidad limitada y cuyos patrimonios son de integración definida, "excluyendo" a un importante grupo de personas jurídicas productoras de riquezas.

Pero así como el legislador quiso limitar de una manera tajante a las sociedades comprendidas en el sistema, la doctrina sostiene que existe una notable incoherencia lógica en el mismo, ya que en el artículo, por ejemplo, se establece la posibilidad del "*cramdown*" para las sociedades en comandita por acciones sin tener en cuenta el legislador, la responsabilidad ilimitada y solidaria del socio comanditado.-

⁵⁶⁵ JUNYENT BAS, Eduardo y CHIAVASSA, Francisco: "El salvataje de la empresa, ..." ob. cit. 2.004.

Mutuales: El artículo 48, conforme ley N° 25.589, sigue, como el texto de la ley N° 24.522, excluyendo del *cramdown* a las mutuales, a pesar de que las mismas expresamente se encuentran habilitadas a concursarse preventivamente según el artículo 37 de la ley N° 25.374 que textualmente dice “Las mutuales quedan comprendidas en el régimen de la ley N° 24.522”.

En este punto la doctrina es conteste en señalar el desatino producido por la ley N° 25.589 ya que ha desperdiciado la oportunidad de brindar una regulación completa, y en el ámbito subjetivo del *cramdown* del artículo 48, persiste la exclusión pese a que algún legislador advirtió en el debate parlamentario sobre este aspecto.⁵⁶⁶

Ahora veremos los casos de sujetos “excluidos” que serán los supuestos de sociedades de personas; pequeños concursos; y empresas cuyo titular es un comerciante individual.-

En primer termino y aparentemente fundado en la naturaleza de la transferencia y en la necesidad lógica de que el acreedor, para integrar la sociedad deudora lo sea con responsabilidad limitada a su participación; se ha hecho la primera gran exclusión: **las sociedades de personas**. Sin embargo, como ya remarcáramos incluyó a las sociedades en comandita por acciones en las cuales los socios comanditados tienen responsabilidad solidaria e ilimitada.

La segunda gran exclusión está dada por quienes, encuadradas bajo la denominación de “supuestos especiales” del artículo 48, reúnan la calidad de sujetos de **pequeños concursos**. Aquí es dable preguntarse el porqué de tamaña exclusión; ¿acaso las pequeñas empresas no merecen ser “salvadas”?

Más allá de la discutida posibilidad que el proceso del pequeño concurso sea renunciable; una vez más solo se tuvo en cuenta a las grandes entidades sin observar que, tal vez, no en las grandes regiones industriales o

⁵⁶⁶ BARREIRO, Marcelo y LORENTE, Javier: “La “re-reforma” concursal – Consideraciones a partir de la reciente sanción de la ley 25.589”. Revista del Colegio Público de Abogados de Capital Federal – N° 57 – Junio 2.002. pág 17 a 25. – También: DI TULLIO; José Antonio: “Concursos y Quiebras. Ley 25.589” ED. 6 de junio 2.002.

comerciales del país, donde se produce una gran movilización de capitales y bienes; pero si en las economías regionales, son estas pequeñas empresas el motor de la economía y las creadoras de fuentes de trabajo. Ellas se ven irremediabilmente destinadas a la quiebra si, durante el período de exclusividad fracasa su propuesta y por ende el concurso preventivo.

El artículo 289 del Capítulo IV – ley Nº 24.522 - referido a los Pequeños Concursos y Quiebras dispone:

Artículo 289.-[Régimen Aplicable] *En los presentes procesos no serán necesarios los dictámenes previstos en el art. 11, incs. 3 y 5, la constitución de los comités de acreedores y no regirá el régimen de supuestos especiales previstos en el art. 48 de la presente ley. ...*

Se sostiene que el criterio empleado por el artículo 288 de la ley Nº 24.522⁵⁶⁷ que califica a los pequeños concursos, al determinar indirectamente la viabilidad del salvataje no se corresponde con la noción de utilidad empresarial que es la que debiera primar como criterio definitorio de esta alternativa de reorganización.⁵⁶⁸

Se ha dicho que no existe un argumento fuerte y contundente que justifique la exclusión prevista, y en cierta medida, esta división se vislumbra como arbitraria.⁵⁶⁹ Se lo ha calificando de una “discriminación carente de sentido”.⁵⁷⁰

En las VIII Jornadas Rioplatenses de Derecho⁵⁷¹, se planteó la inconstitucionalidad del artículo 289 que niega la posibilidad del salvataje, postura fundamentada en el artículo 14 y siguientes de la Constitución

⁵⁶⁷ Ley Nº 24.522 – Artículo 288.- [Concepto]: A los efectos de esta ley se consideran pequeños concursos y quiebras aquellos en los cuales se presente, en forma indistinta, cualquiera de estas circunstancias:

- 1) Que el pasivo denunciado no alcance la suma de cien mil pesos.
- 2) Que el proceso no presente más de veinte acreedores quirografarios.
- 3) Que el deudor no posea más de veinte trabajadores en relación de dependencia.

⁵⁶⁸ MICELI, María Indiana – BOLLERO, Florencia: “Las inadecuadas puertas de acceso al salvataje”, II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia. La Cumbre, 2.000. T. I, p.450.

⁵⁶⁹ JUNYENT BAS, Eduardo y CHIAVASSA, Francisco: “El salvataje de la empresa, ...”, ob. cit. p.84

⁵⁷⁰ JUNYENT BAS, Eduardo y MOLINA SANDOVAL, C.: “Reformas concursales, leyes 25.561, 25.562 y 25.589” Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.002. ps. 116/117.

⁵⁷¹ VIII Jornadas Rioplatenses de Derecho desarrolladas los días 2, 3, y 4 de Octubre de 2.003 en la sede del Colegio de Abogados de San Isidro – Edificio Anexo- San Isidro – Buenos Aires.

Nacional.⁵⁷² Negarle esta posibilidad es contribuir a su finiquite, calificando de arbitrario el hecho que la ley excluya el instituto en estudio generando una desigualdad constitucional frente a otras sociedades de gran envergadura, siendo que es la propia Carta Magna la que en el espíritu de su artículo 16 –entre otros- pretende que no se discriminen arbitrariamente las posibilidades que tiene cada individuo, la igualdad de oportunidades, que cada hombre tenga derecho a ejercer y desarrollar sus aptitudes por igual sin que haya privilegios en circunstancias similares, evitando que el legislador plasme en la ley una igualdad meramente formal; la igualdad reclama acciones afirmativas. Entre los asistentes a dichas Jornadas, adhirieron expresamente a la postura Pisan y Marsal, en tanto que manifestaron su desacuerdo con la ponencia Pardo, Rivera, Stempels, Locatelli y Creimer.⁵⁷³

Jurisprudencia

La jurisprudencia mendocina, en autos “El Aguaray SRL s/ concurso preventivo”⁵⁷⁴ ha establecido la inconstitucionalidad del artículo 289 para habilitar el salvataje de un pequeño concurso.

A su turno, existen también antecedentes de algún caso jurisprudencial donde se decidió la apertura del salvataje en el pequeño concurso condicionado a la ratificación de los socios en asamblea extraordinaria con la mayoría necesaria para los supuestos especiales del artículo 244, in fine, de la ley N° 19.550, ya que la exclusión del salvataje no es una cuestión que afecte al orden público y tendría carácter renunciabile.⁵⁷⁵

Al decir de Favier Dubois, “se basan tales decisiones en fundamentos excluyentes, ya que si la norma del artículo 289 contiene un beneficio, y éste

⁵⁷² DEFRANCESCO, Lorena y LÓPEZ, María Clara: ponencia “Pequeños concursos y quiebras. Necesidad de una regulación específica que hoy la ley vigente omite (LEY 24.522 Mod. 25.589). Reforma”, VIII Jornadas Rioplatenses de Derecho. 2.003

⁵⁷³ Ver: Conclusiones para Plenario de la Comisión de Derecho Comercial de las VIII Jornadas Rioplatenses de Derecho – Publicación Síntesis Forense – Revista del Colegio de Abogados de San Isidro. Noviembre/Diciembre 2.003. pág. 76 a 78.

⁵⁷⁴ “El Aguaray SRL s/concurso preventivo” Juzgado Procesal Conc. y Reg. N° 3 Mendoza.

es disponible, no admite la tacha de inconstitucionalidad. Pero ambas convergen en una solución que nos parece aleccionadora *de lege ferenda*".⁵⁷⁶

En sentido contrario en el precedente "Ángel V. García e hijos S.A, García Ángel; Iturgoyen, María E. s/Concurso preventivo (hoy quiebra)"⁵⁷⁷, la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata Sala I, confirmó la sentencia de primera instancia que decretó la quiebra de la concursada. Contra este pronunciamiento se alzó la fallida mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. Lo funda en la errónea inaplicación del artículo 48 de la ley N° 24.522 al caso de autos por parte de la Cámara. Plantea que luego de haberse considerado necesario recurrir a una sindicatura de tipo "A", teniendo en cuenta el volumen y complejidad de la labor a desarrollar, no se puede ahora sostener que se trata de un "pequeño concurso" y de ese modo privar al fallido de los mecanismos de salvataje previstos en el artículo 48 de la ley falencial. En su dictamen, el Procurador General expresó que el recurso era manifiestamente improcedente, pues el recurrente no advirtió que la calificación de "pequeño concurso" no depende del tipo de sindicatura a la que el juez puede recurrir de acuerdo con las necesidades de cada caso. La ley N° 24.522 en su artículo 288 establece claramente cuales son las condiciones que deben darse para que un concurso sea considerado "pequeño". Una vez constatada alguna de esas circunstancias impedirá la aplicación de los procedimientos contemplados en el artículo 48 de este régimen, y ello por imperio de la letra expresa del artículo 289 del mismo texto. El quejoso omitió cuestionar este soporte medular del fallo: no se citan como transgredidos los mencionados artículos 288 y 289 ni mucho menos se intenta demostrar que no se dan las circunstancias fácticas que los tornan

⁵⁷⁵ autos "Nueva Unión Díaz y Alacit – Concurso Preventivo". Juzgado Nacional Civil N° 1 de Azul, fallo del 5 de agosto de 1.997.

⁵⁷⁶ FAVIER DUBOIS, Eduardo M.: "Pequeños concursos: ¿Regla o excepción?". Fuente Errepar 10/01. www.Legalmania.com

⁵⁷⁷ SCBA, Ac. N° 74.034, Sentencia del 20 de septiembre de 2.000, en www-juba.gob.ar, sumario B25477.

aplicables. La Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires juzgó en igual sentido que el Procurador General, agregando que fue la propia conducta de la fallida la que demostró que en autos nos encontramos frente a la tipología legal de los artículos 288 y 289, cuando al momento de solicitar la apertura del concurso preventivo dejó constancia que lo era dentro de dichos cánones, circunstancia que llevó a que en la sentencia de apertura del concurso se omitiera la constitución del “comité de acreedores”, a que hace referencia el artículo 14 inciso 11 del cuerpo legal y que la sindicatura en el informe general del artículo 39 hiciera referencia a ello.

Observamos en este último caso que el quejoso no objetó la imposibilidad de acceso al *cramdown* de los pequeños concursos, sino su calificación como tal.

No creemos que por la redacción del artículo 289, de los términos imperativos utilizados por la norma (...y no regirá el régimen de supuestos especiales previstos en el art. 48 de la presente ley.) pueda deducirse que es una disposición facultativa, una norma dispositiva, que como hemos visto sostiene parte de la doctrina para evadir la exclusión, y que ha sido acogida por alguna jurisprudencia. Si consideramos que la misma es injustificada, no se advierte el criterio por el cual el legislador entienda que las empresas sometidas a pequeños concursos, generalmente las pequeñas y medianas empresas, no justifican la apertura de un procedimiento de superación de la crisis y mantenimiento de la unidad productiva, fuente de trabajo, etc., y sin considerar tampoco la rama de la producción a la cual que dediquen, ni a las economías regionales.

Es cierto que no observamos, no advertimos que se encuentre en juego una cuestión de orden público que justifique la exclusión, pero los términos de la norma no admiten una interpretación flexible. Correspondería en su caso, la eliminación legislativa de esta exclusión, que propiciamos.

Sin embargo, como vemos la ley N° 25.589 no produjo innovación alguna en este aspecto.

Se excluyen también a las empresas cuyo **titular es un comerciante individual**. Este supuesto tiene los mismos óbices que el de las pequeñas empresas -calidad que por general reúnen en este caso-; no entendiéndose porque no se las ha hecho merecedoras de este sistema, cuando son estas las que muchas veces tienen un giro comercial considerable, más aún que una "gran empresa".

No obstante resultaría explicable la exclusión, puesto que la responsabilidad de este sujeto es ilimitada lo haría incompatible con el sistema del salvataje, cosa que nuevamente nos lleva a recordar la incoherencia de la norma que ya hemos explicado.-

En nuestro sistema no existen patrimonios de afectación. El patrimonio del empresario individual es único y responde por la totalidad de las deudas contraídas. Entonces, partiendo de la imposibilidad jurídica y fáctica de separación de patrimonios de una persona física, es que se las excluyen del ámbito de la figura del salvataje. Igual observación se presenta respecto de las sociedades de tipo personalista.

También se han excluido las **sociedades irregulares**, hecho que se podría interpretar como una sanción más al hecho de no estar constituidas de acuerdo a alguna de las formas societarias establecidas por ley.

Alegría⁵⁷⁸ sostiene que no parece justificada la limitación a ciertos sujetos excluyendo a las fundaciones, asociaciones civiles o a las personas físicas, ya que, lo importante es el emprendimiento subyacente y no a la forma jurídica.

Raspall⁵⁷⁹ señala que el legislador ha perdido la oportunidad de modificar el artículo 48 teniendo en cuenta los precedentes existentes en la materia, o sea, los proyectos provenientes del Ministerio de Justicia y el denominado proyecto Branda, que oportunamente fueron redactados con el

⁵⁷⁸ ALEGRÍA, Héctor: "Nueva reforma a la ley de concursos y quiebras. Ley 25.589", en número especial del Suplemento de Concursos y Quiebras, Reformas a la ley de concursos (ley 25.589), L.L. ps. 1 y ss.

⁵⁷⁹ RASPALL, Miguel: "Frente a la emergencia las mutuales siguen sin salvataje", Ponencia presentada en las Jornadas Nacionales de Derecho Concursal, Rosario, 17 y 18 de octubre de 2.002.

objetivo de admitir la transferencia de patrimonios y no solamente de cuotas de capital o acciones.

El Anteproyecto de Reformas de 1.997 o el Proyecto Branda, requieren que exista *“una unidad empresarial o un conjunto de bienes o servicios que se encuentren en producción y destinados al cumplimiento de la actividad normal y habitual del giro de la empresa...”*, para poder aplicar el cramdown a los supuesto especiales, y los terceros interesados poder llegar a ser en caso de concursos de personas físicas, sociedades de personas, cooperativas, asociaciones o fundaciones adjudicatarios de todos sus activos y no tienen en cuenta que el adquirente no responde por ninguna deuda que exceda tanto al capital verificado y declarado admisible como a los pasivos eventuales. Por esto, las alternativas se acercan más a la figura que regulaba la ley N° 4.156 de adjudicaciones de bienes, con todas sus consecuencias legales, que a la estructura jurídica del actual salvataje del artículo 48.

Después de toda esta exposición consideramos que no se encuentra fundamento acabado para excluir a las sociedades de empresario único con actividad comercial, como así tampoco los restantes supuestos analizados, aún cuando reconocemos que el caso de las sociedades de personas es más delicado y no se podría en este caso aplicar de manera sencilla el sistema ya que la propia confusión de patrimonios y el carácter de solidaridad que se asume haría dificultosa la distinción de las cuotas partes y por ende la diferenciación entre las responsabilidades y alcance de la misma con respecto a cada uno de los socios, llegando en tal caso a la imputación de maniobras fraudulentas, o las consecuencias de ellas, a personas ajenas a las mismas pero integrantes de este tipo de sociedades.-

¿Acaso no son las sociedades individuales y las de los "supuestos especiales" en realidad las que en muchas ocasiones realizan operaciones comerciales que sin tener la envergadura, (o tal vez sí), de las grandes empresas producen un beneficio considerable para determinadas regiones, y no sólo eso, sino que generan fuentes estables de trabajo?

Creemos que no solo el carácter jurídico de la persona se debe tener en cuenta para la posibilidad de aplicar el instituto, sino también, y como ya lo dijéramos antes, debe considerarse el giro comercial, las economías regionales, los acuerdos y toda una serie de hechos y actos que hacen a esta clase de empresas "socialmente útiles y económicamente rentables" y por lo tanto "salvables".

3) El procedimiento de valuación de las participaciones social:

En el sistema originariamente establecido por el artículo 48 (ley N° 24.522) el valor de las acciones o cuotas representativas del capital de la sociedad deudora que el tercero debía pagar no podía ser inferior al valor que determinara el juez en la resolución de apertura del procedimiento. Se establecía que el valor patrimonial de la empresa se debía fijar según los registros contables y teniendo en cuenta el informe general del síndico y las observaciones que el deudor y los acreedores que hayan solicitado verificación efectúen dentro de los diez (10) días de presentado el informe (artículo 40 LCQ). En la misma oportunidad el juez debía designar un experto para efectuar dicho cálculo, designación que podía recaer en los estimadores (bancos comerciales o de inversión, instituciones financieras o experto en materia financiera).

Este criterio de “valuación contable” fue objeto de numerosas críticas por considerar que depreciaba el valor real de mercado de la empresa.

Butty sostuvo su inconstitucionalidad por considerar que se producía un supuesto de confiscación.⁵⁸⁰

El inciso 3 del artículo 48 (ley N° 24.589) establece ahora, que el evaluador deberá determinar el valor real del mercado de las cuotas o acciones sociales.

Parte de la doctrina sostiene que este “valor real” es el valor real de las cuotas o acciones sociales, y no ya valor patrimonial de la empresa.⁵⁸¹

Sin embargo se ha dicho que es con referencia al patrimonio social que, como regla general se calcula el “valor real” de las acciones o cuotas de una sociedad comercial.⁵⁸²

También se sostuvo que resulta indistinto a los fines que aquí se consideran hablar de “valor real de la empresa” o bien de “valor real de las acciones o cuotas sociales”, pues ambos son conceptos coincidentes en cuanto refieren al valor del patrimonio social.⁵⁸³

Por otra parte, se ha afirmado que indudablemente la determinación del valor de una empresa o establecimiento en las condiciones que se trata no va jamás a depender de condiciones de mercado, porque incluso sencillamente no va a haber mercado en el sentido en que debe ser asumido. Podrá haber varios oferentes pero es completamente distinto del criterio que resulta de las palabras empleadas.⁵⁸⁴

Estrictamente, el valor real de mercado es el que el mercado efectivamente paga y en consecuencia, determinable *ex post*, y no el que supuestamente pagaría, ya que su determinación *ex ante* es siempre un pronóstico más o menos acertado y que contiene una alta dosis de volatilidad. La adopción de este criterio de evaluación persigue enfatizar que ya no ha de estarse al anterior parámetro de la originaria versión del artículo 48 de la ley N° 24.522.

Heredia⁵⁸⁵, a su turno también afirma que la imposibilidad de acudir a un valor “de mercado” en razón a su virtual inexistencia se muestra, se evidencia en el hecho mismo que el legislador no ha podido escapar a la

⁵⁸⁰ BUTTY, Enrique : “Cramdown, doctrina de la empresa y sus elementos, y negocio indirecto legal”, en AA.VV.,. Derecho Empresario actual. Cuadernos de la Universidad Austral N° 1. Depalma. Bs. As. 1.996, p. 234.

⁵⁸¹ FAZIO, María A.: “Transferencia forzosa de acciones o cuotas. Nueva Ley de Quiebras”. L. L. del 7/6/2.002, Capítulo I. También: DI TULLIO, José, MACAGNO, Ariel, CHIAVASSA, Eduardo: “Concursos y Quiebras – Reformas a las leyes 25.563 y 25.589”. Lexis Nexis – Depalma p.122.

⁵⁸² NISSEN, Ricardo: “Ley de Sociedades Comerciales. Comentada, anotada y concordada”. Ábaco, Buenos Aires, 1.994, t. 3. ps. 211, 212, N° 446. Según cita de Pablo Heredia en “El salvataje empresario en el concurso preventivo (art. 48, LCQ, según la reforma introducida por la ley 25.589)”: Revista de Derecho Privado y Comunitario. 2.003. I.

⁵⁸³ HEREDIA Pablo: “El salvataje empresario en el concurso preventivo (art. 48, LCQ, según la reforma introducida por la ley 25.589)” Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2.003, I, pág.79.

⁵⁸⁴ FARGOSI, H, y RUSSO, M: “Reforma de la reforma de la ley concursal”. LL. del 6/6/2.002.

⁵⁸⁵ HEREDIA Pablo: “El salvataje empresario en el concurso preventivo ...” ob. cit. pág. 81.

determinación del valor total de la empresa mediante la suma de los valores de sus componentes, con detracción de los del pasivo individualmente considerados.

Quizá le asista la razón ya que debemos recordar que en el inciso 3 del artículo 48 se establece que, sin perjuicio de otros elementos que considere apropiados, el evaluador deberá ponderar:

- El informe del artículo 39, incisos 2° y 3°, sin que esto resulte vinculante para dicho auxiliar de la justicia,
- Las altas, bajas y modificaciones sustanciales de los activos, y
- La incidencia de los pasivos posconcursoales.

Corresponde destacar que la cuestión referida a la valuación de las cuotas o acciones sociales no es la única modificación establecida en la ley con respecto al valor de la empresa, pudiendo resaltar en el régimen vigente lo siguiente:

1) En cuanto al tiempo o momento para su determinación, en el régimen anterior el juez fijaba el valor patrimonial de la empresa en la oportunidad de apertura del procedimiento. En el sistema actual, inicialmente se designa la entidad evaluadora, y la decisión judicial se adopta más adelante, una vez que se conozca la valuación y sus observaciones.

2) La valuación estará a cargo de los “evaluadores”, desapareciendo la figura de los “estimadores”.

3) La valuación efectuada puede ser impugnada, observada en el plazo de cinco (5) días, sin que ello dé lugar a sustanciación alguna.

4) Se permitía a los bancos comerciales ser estimadores, mientras que la redacción actual del artículo 262 esa función a podrá recaer en bancos de inversión, entidades financieras autorizadas por el Banco Central o estudios de auditoría con más de diez años de antigüedad.

5) La designación la hace el juez partiendo de la terna propuesta por el Comité de Acreedores cuyos nombres fueron extraídos de la lista confeccionada por la Cámara de Apelaciones. De no existir Comité el juez nombrará directamente un evaluador de la lista.

6) Si no existiera lista (por falta de inscriptos) el Comité de Acreedores sugerirá al juez al menos dos evaluadores.

7) Si no existiera lista, ni Comité de Acreedores deberá encomendarse dicha tarea al síndico.

8) El evaluador debe cumplir con su tarea dentro de los treinta (30) días siguientes a la aceptación del cargo ante actuario.

9) Una vez que el evaluador informó el valor real de la empresa y vencido el plazo determinado para la presentación de las observaciones, el juez debe fijar el valor de las cuotas o acciones representativas del capital social de la concursada. Excepcionalmente, y teniendo en cuenta la razonabilidad y pertinencia de una o más observaciones, o señalando de oficio defectos que detecte, puede dejar de lado la valoración informada por el evaluador.

Buscando evitar demoras en el proceso, se ha establecido que la decisión es inapelable, disposición que ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina que entiende que puede ser fuente de arbitrariedades, especialmente en el supuesto de que el juez se aparte de la valuación del evaluador.

4) El esquema de negociación y acuerdo:

En caso de existir interesados en la adquisición de la empresa, dentro de los veinte (20) días hábiles judiciales (artículo 273, inciso 2) posteriores a la resolución judicial que fija el valor de las cuotas o acciones representativas del capital social de la concursada, el o los terceros inscriptos en el registro, y la propia concursada, deben negociar con los acreedores a fin de obtener las conformidades necesarias para la aprobación de un acuerdo preventivo, rigiendo iguales mayorías y requisitos de forma que los vigentes durante el período de exclusividad.

La negociación entre oferentes y acreedores es simultánea. Si hay pluralidad de oferentes ellos compiten contemporáneamente, pudiendo los acreedores prestar su conformidad a una, varias o todas las propuestas.

Además dentro de este mismo plazo de veinte (20) días, el o los oferentes deberán hacerla conocer en el expediente.

También se encuentra prevista la celebración de una audiencia informativa a la que deberán concurrir todos los oferentes, que deberá desarrollarse cinco (5) días antes del vencimiento del plazo para negociar las propuestas de acuerdo, siendo ésta la última posibilidad para exteriorizar la propuesta que no podrá ser modificada desde entonces.

Se considera aprobado el acuerdo preventivo propuesto que temporalmente primero obtuviese y demostrase las conformidades o mayorías de ley.

Si ganara la concursada, se aplican las reglas previstas para el acuerdo preventivo obtenido en el período de exclusividad.

Cuando el primero en obtener y comunicar las conformidades necesarias para alcanzar acuerdo preventivo fuera un tercero, se da inicio a la etapa regulada por el inciso 7 del artículo 48, y en ella, la primera distinción que la ley impone radica en el valor positivo o negativo que el juez hubiera fijado a las cuotas o acciones representativas del capital social.

Si el valor fuera negativo, el tercero que acordó con los acreedores nada debe negociar ni pagar a los socios. Por ello la ley dispone la transferencia al tercero de la titularidad de las cuotas o acciones sociales sin requerirle pago o exigencia adicional alguna, condicionando la transmisión exclusivamente a la homologación del acuerdo.

Si el valor fuere positivo, se debe proceder a una nueva valuación tendiente a reducir el valor fijado en la resolución judicial del inciso 7.b., en la misma proporción que se reduce el pasivo quirografario a valor presente.

Se plasma así uno de los principios fundamentales del salvataje cual es el del sacrificio recíproco y compartido entre acreedores y socios o accionistas. Para ello el mismo evaluador designado, deberá efectuar un nuevo dictamen para determinar el valor presente del pasivo quirografario. Así los socios pueden seguir estando en una mejor situación que en una liquidación, pero no se benefician en detrimento de los acreedores

quirografarios. Y por otra parte, el mayor valor que en realidad adquiere el capital social, o mejor dicho el patrimonio neto, como consecuencia de un acuerdo que disminuye el pasivo quirografario, es una ventaja que aprovecha al tercero cuyo éxito en lograr el acuerdo ha concluido, ha terminado salvando la empresa.

Una vez establecido cual es el valor definitivamente asignado a las cuotas o acciones representativas del capital social, el tercero puede optar por pagarlo a los socios, o bien convocarlos a una negociación para acordar un valor inferior al resultante de la resolución judicial, para lo cual se abre una nueva ronda de veinte (20) días hábiles judiciales donde debe obtener la conformidad de los socios o accionistas que representen las dos terceras (2/3) partes del capital de la concursada y comunicarlo al juzgado antes del vencimiento del plazo; y además, depositar el 25% como garantía y a cuenta del saldo que deberá efectivizar mediante depósito judicial dentro de los diez (10) días hábiles judiciales.

En este punto se aparta del originario artículo 48 que requería una doble mayoría (capital y personas) lo que generó críticas en la doctrina especializada por considerar que este sistema tornaría mucho más sencillo el abuso de mayorías ejecutado a través del cramdown.⁵⁸⁶

Si el tercero optare por pagar a los socios la totalidad del valor fijado en la resolución judicial del inciso 7.b. debe manifestarlo expresamente en la causa dentro del plazo de diez (10) días y proceder al pago siguiendo el procedimiento antes descrito.

Efectuados los pagos en cualquiera de los dos supuestos, el tercero adquiere definitivamente la titularidad de la totalidad del capital social.

Si el tercero no llega a un acuerdo con los socios, ni manifiesta expresamente su intención de pagarles la totalidad el valor fijado en la resolución judicial el inciso 7.b. el juez debe declara la quiebra.

III.- b) Administración de la sociedad durante el trámite del artículo 48

El silencio de la ley N° 24.522 respecto a quien administraba la empresa en crisis durante el desarrollo del procedimiento establecido en el artículo 48, llevó a parte de la doctrina a postular la necesidad de disponer una administración compartida entre los administradores sociales de la deudora y un coadministrador designado a esos efectos.⁵⁸⁷

Sin embargo, el propio silencio de la ley, que fue mantenido en la reforma introducida por ley N° 25.589, a pesar de su tratamiento en la Comisión de Legislación General de la Honorable Cámara de Senadores, conduce a sostener que el artículo 48 no introduce innovación alguna en el régimen de administración general que surge del artículo 15 y ss ⁵⁸⁸. En consecuencia, hasta tanto no se produzca la efectiva transmisión al adquirente de la empresa, de la participación que los socios o accionistas tengan en ella, la sociedad sigue siendo administrada por sus órganos naturales, bajo la vigilancia del síndico y del comité de acreedores.

No obstante, sostiene Heredia⁵⁸⁹ que dentro de este contexto, y siempre que fuera ello menester, ningún impedimento existe para que el juez desplace al órgano de administración social sustituyéndolo por un administrador judicial de conformidad con el artículo 17 LCQ.

Art. 17: *[Actos ineficaces]* ...

[Separación de la administración] Además, cuando el deudor contravenga lo establecido en los artículos 16 y 25 o cuando oculte bienes, omita las informaciones que el juez o el síndico le requieran, incurra en falsedad en las que produzca o realice algún acto en perjuicio evidente para los acreedores, el juez puede separarlo de la administración por auto

⁵⁸⁶ BARREIRO, Marcelo y LORENTE, Javier: "La 're-reforma' concursal – Consideraciones a partir de la reciente sanción de la ley 25.589". Revista del Colegio Público de Abogados de Capital Federal – N° 57 – Junio 2.002. pag 17 a 25.

⁵⁸⁷ BORGARELLO, Luisa Isabel y RODRÍGUEZ PARDINA, José María: "La administración de la empresa durante el procedimiento de salvataje", en AA. VV, De la insolvencia, T. I. pag. 471, también en II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal, en www.fespresa.com.ar

⁵⁸⁸ Ley N° 24.522 – Artículo 15.- [Administración por el concursado]: *El concursado conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico.*

⁵⁸⁹ HEREDIA, Pablo: "El salvataje empresario en el concurso ..." ob. cit. pag. 127 y 128.

fundado y designar reemplazante, esta solución es apelable al solo efecto devolutivo, por el deudor. Si se deniega la medida puede apelar el síndico.

El administrador debe obrar según lo dispuesto en los arts. 15 y 16.

[Limitación] ...”

III.- c) La empresa en marcha:

Durante la vigencia del originario artículo 48, se debatió si era necesario para la operatividad del instituto la existencia de una “empresa en marcha” cuestión que dividió a la doctrina. Así parte de ella consideró que la finalidad del salvataje era el saneamiento empresario y ello requería una empresa en condiciones de marchar, aún cuando no estuviese en etapa de explotación.⁵⁹⁰

Decía Fayt, en su disidencia en el fallo “Sasetru S.A. s/ Quiebra”⁵⁹¹, que el principio de la preservación de la empresa tiene sentido cuando ésta está en marcha y no cuando no lo está.

Mosso destacó que el acceso de una empresa al proceso del artículo 48 supone que ésta se encuentre en funcionamiento, o la unidad productiva pueda volver a funcionar y, que no sea simplemente una forma de venta forzada de la hacienda comercial. Por ello entendía que debía haber un “plus” caracterizante: el mantenimiento o puesta en marcha de la explotación. Así se lograba tutelar la organización empresaria y la fuente de trabajo, directrices de un esquema productivo humanizante.

Por el contrario, también se interpretó que el instituto consistía en una mera transferencia de las participaciones societaria de la deudora que no aseguraba la continuación empresaria.⁵⁹² Maffía sostuvo que el salvataje al no traducirse en un plan de saneamiento permitía que el proceso culminara en la desactivación de la empresa con el consiguiente vaciamiento de la finalidad del instituto.

⁵⁹⁰ DASSO, Ariel: “Tendencias actuales del derecho concursal” - Ed. Ad Hoc, 1.999. pag. 358.

⁵⁹¹ “Sasetru S.A. s/ Quiebra,” C.S.J.N. J.A. 1984 – IV – 506.

⁵⁹² MAFFÍA, Osvaldo: “Nueva oportunidad perdida, más de lo mismo en materia concursal”, La Ley del 11/09/95, p. 1 -

Al decir de Iglesias,⁵⁹³ con la expresión “empresa en marcha” se introduce un concepto contable de difícil digestión jurídica. La cuestión no es baladí, ya que el término está empleado nada menos que en la manifestación de la voluntad de los terceros o de acreedores de adquirir la sociedad concursada.

El primer antecedente en donde nuestra jurisprudencia decidía expresamente la cuestión fue en autos “Canga S.A.”⁵⁹⁴, donde la sala E de la Cámara Nacional Comercial entendió que el procedimiento de salvataje no apunta estrictamente a la enajenación de la “empresa en marcha”, sino la transferencia de las acciones representativas del capital de la sociedad anónima concursada.

En un sentido totalmente opuesto el Fiscal de Cámara en autos “S.I.A.P. S.A.”⁵⁹⁵, (que será objeto de análisis más adelante) interpretó que la empresa en marcha constituía un requisito específico para la operatividad del artículo 48. La idea de salvataje subyace en el presupuesto fáctico de que la empresa sea “salvable”, y esto no ocurriría con la sociedad concursada, pues la misma estaba inactiva desde largo tiempo; el acreedor prendario procedió a la subasta de las maquinarias de la concursada, la deudora había dado por concluidos todos los contratos de trabajo.

Este dictamen fue compartido por la misma sala de la Cámara Nacional de comercio que resolvió el antecedente Canga S. A.

Con igual criterio se entendió que la expresión “empresa en marcha” debía ser interpretada en el sentido de empresa en funcionamiento, circunstancia que excluye la aplicación de la norma en el supuesto en el cual los bienes que integran el establecimiento del deudor han sido dados en locación.⁵⁹⁶

Toda empresa está, en acto o en potencia, en marcha. Más allá de aquellas cosas corporales que la componen y de las relaciones laborales

⁵⁹³ IGLESIAS, José: “Concursos y Quiebras. Ley 24.522 Comentada”. - Ed. Depalma, Buenos Aires, 1.995. Pag. 102

⁵⁹⁴ “CANGA S.A.” CNCon. Sala E 05/08/1998, La Ley 31/07/2.000.

⁵⁹⁵ “S.I.A.P.S.A.” CNCom., sala E 02/09/1999. J.A. 2000-III-152.

cesantes, subsisten sus expectativas en función de sus marcas, de sus patentes, de sus créditos, de todos aquellos valores intangibles, de la clientela. La determinación de la viabilidad de la transferencia por el procedimiento del *cramdown* no dependía de un concepto objetivo referido a la empresa, sino de un concepto subjetivo referido al interés, o pretensión que la empresa despierta en un determinado interesado.

La remisión al arbitrio del juez respecto de la determinación de si la empresa estaba o no en marcha efectuada dentro del sistema privatista imperante en la ley N° 24.522 era considerada por demás objetable ya que no era el juez quien debía determinar en el sistema del *cramdown* la conveniencia o no de la adquisición de la empresa por parte de un tercero: la ley remitía dicha decisión al mercado.

En la redacción actual del artículo 48 se ha clarificado el alcance del instituto con la eliminación de la expresión “empresa en marcha”, por cuanto ya no se cuestiona si la empresa debe estar en funcionamiento para posibilitar el salvataje.

Así lo entendió la jurisprudencia, en forma concordante con la nueva redacción y retomando la interpretación efectuada en el caso “Canga S.A, al disponer que *“Superado el óbice que significaba la interpretación literal de esa frase, vencido el período de exclusividad sin que la concursada obtuviera las conformidades necesarias, no cabe sino disponer la apertura del registro del cramdown. Así cabe interpretar pues, aún cuando la empresa no se encontrare actualmente funcionando, tiene una cantidad de elementos intangibles que pueden despertar el interés del mercado, el cual será, en definitiva, el que determine la viabilidad o inviabilidad del cramdown. ...”*⁵⁹⁷

Villanueva expresa que la convocatoria a adquirir las acciones significa aclarar el campo de la aplicación del instituto en el sentido de que la existencia de una empresa en marcha no es condicionante de su viabilidad.

⁵⁹⁶ “Emplame Villa Constitución y Pavón Ltda. Coop. Agrícola, quiebra “ LL Litoral 1.997 -834.

⁵⁹⁷ Caso 107.035. CNCom., sala C, 2003/09/09 – “Automundo S.A. s/ conc. prev. Publicado en La Ley – Suplemento de Concursos y Quiebra – Buenos Aires, 15 de marzo de 2.004.

Se ha sostenido que la ley ni siquiera exige que se trate de una empresa, ya que la concursada bien podría ser una persona jurídica sin actividad comercial, cuyo único objeto hubiese sido la de ser titular de bienes.

También se ha dicho que si para la apertura del concurso preventivo no se exige que la empresa se encuentre contemporáneamente operativa, tramitado gran parte del concurso y encontrándonos en las puertas mismas de la apertura de este miniproceso, sería una contradicción y un contrasentido, exigir “empresa en marcha” como requisito condicionante del dictado de la resolución de apertura del *cramdown*.

Seguidamente, efectuaremos el análisis de algunos casos en los tuvieron oportunidad de expedirse nuestros tribunales al respecto.

Jurisprudencia:

Caso: **S.I.A.P. s/ quiebra**⁵⁹⁸

En el caso en análisis, el juez de primera instancia decretó la quiebra de la empresa concursada, al entender que no correspondía aplicar el procedimiento del artículo 48 LCQ, por no cumplirse la exigencia legal de tratarse de una empresa en marcha.

Contra esta decisión se alzaron tanto el adquirente del paquete accionario de la empresa ahora fallida como la propia concursada.

El adquirente del paquete accionario afirmó que el *a quo* había realizado una interpretación incorrecta del concepto “empresa en marcha” de la norma referida; que corresponde diferenciar los conceptos de empresa “en marcha” y “en funcionamiento”, ya que la empresa podía estar sin funcionamiento, pero sí estaba en marcha; que la lucha por reorganizarse y sobrevivir era la prueba de esa marcha. Asimismo sostuvo que ni la doctrina ni la ley exigen que la empresa esté funcionando.

Por su parte la concursada destacó que el salvataje de la empresa en crisis, a diferencia del anterior régimen (entiéndase ley N° 19.551), era uno

de los principios inspiradores del régimen concursal de la ley N° 24. 522, que el recaudo de la empresa en marcha no sólo surgía de la imprecisión terminológica del artículo 48 LCyQ, mas no era un requisito real para poder recurrir al procedimiento previsto por tal norma y que en todo caso estaba en manos de los acreedores determinar la viabilidad de las propuestas, atento el carácter privatístico de la ley falimentaria. Planteó también la nulidad de la resolución apelada, en orden a la irregular sustanciación de la cuestión privando a la parte invocar y probar los hechos que hacen a su derecho.

Dictamen del Fiscal de Cámara:

El fiscal de Cámara destaca que el magistrado tomó en cuenta la exigencia legal de que se trate de una empresa en marcha –lo que señaló, no ocurre en el caso-, mientras que los recurrentes sostuvieron que esto no es un requisito para la aplicación del referido procedimiento.

Recuerda que en el mensaje de elevación de la ley N° 24.522⁵⁹⁸ se expresó que “... el procedimiento resulta consecuente con el criterio de sacrificio compartido, de tal modo que si la cesación de pagos de la empresa obliga a esfuerzos por parte de los acreedores, también los accionistas deban realizarlos, y con un concepto dinámico de la actividad económica de producción de bienes y servicios que facilite la incorporación de nuevos accionistas e inversores a las empresas en dificultades, aspecto éste ligado indisolublemente a la renovación tecnológica y al incremento de la productividad...”

Sostiene que de la lectura del texto de la ley y de su nota de elevación, es posible inferir que la idea de “salvataje” subyace, necesariamente el presupuesto fáctico de que la empresa sea “salvable”; es decir, se pensó en la situación de una empresa en dificultades, de modo tal que la incorporación de nuevos accionistas, pudiese generar una

⁵⁹⁸ Caso 107.036.- CNCom., sala E, 1999/09/22, “S.I.A.P. s/quiebra.

⁵⁹⁹ Confr. Mensaje de Elevación del Proyecto de Ley de Concursos, La Ley, Antecedentes Parlamentarios, año 1.995, N° 7, p. 129.

recuperación económico financiera del ente en crisis, con el notable interés social que esto importa.

No duda en afirmar que el salvataje de la empresa en crisis, es como lo sostiene la concursada recurrente, uno de los principios inspiradores del régimen concursal de la ley N° 24.522. Pero no es menos cierto que se previó para una empresa en crisis, inmersa en determinadas condiciones. Entre ellas, la de estar en marcha.

En las nociones de “conservación de la empresa” y “reinserción”, subyace la noción de empresa con producción o cuanto mínimo, en posición de seguir produciendo. Y esto no ocurría con la sociedad de autos, la concursada está inactiva desde hace largo tiempo, dado que el acreedor prendario procedió a la subasta de las maquinarias de la concursada y la deudora dio por concluidos todos los contratos de trabajo.

Por otra parte, ninguno de los recurrentes demostró que, efectivamente, la empresa estuviese en marcha, de modo que en autos resultara susceptible la aplicación del procedimiento del referido artículo 48.

Adujo también que debe tenerse en cuenta un aspecto vinculado directamente al concepto de empresa que es una organización de producción de bienes o de servicios destinados a ser vendidos, con la esperanza de realizar beneficios, definición de la que extrae los siguientes elementos: a) la empresa es una organización, es decir un ente complejo; b) apta para producir bienes materiales e inmateriales (servicios); c) dichos bienes están destinados al cambio, es decir al mercado en general; d) tal actividad se realiza con el propósito de obtener beneficios.

Concluye así que si alguna duda podría plantearse, respecto a si la ley exige el requisito de “empresa en marcha”, ninguna duda cabe que la ley exige que se trate de una “empresa”, resultando forzado aplicar el concepto de empresa a un ente que carece de actividad alguna, que ha liquidado los bienes básicos para desarrollarla, ha extinguido todos sus contratos laborales, y que en definitiva, no evidencia ninguno de los aspectos que por naturaleza, definen a la empresa.

A su turno, el planteo de nulidad que formuló la concursada no debe tener favorable recepción, en razón que el recurrente no expresó cuales son las defensas que se vio privada de oponer a la vez que tampoco expresó con claridad de qué manera se habría conculcado su derecho de defensa, tal como adujo.

Por todo lo expuesto, el Fiscal de Cámara opina que corresponde confirmar el auto apelado.

Resolución en Segunda Instancia:

La Cámara, adhiriendo a los fundamentos del representante del Ministerio Público resuelve desestimar los agravios y rechazar las pretensiones esgrimidas por vía recursiva, con costas a los apelantes vencidos.

“Devuélvanse sin más trámite las actuaciones al juez de grado, encomendándole el proveimiento de las diligencias ulteriores y las notificaciones pertinentes. – *Helios A. Guerrero – Rodolfo A. Ramírez – Martín Arecha.*”

Caso: **Automundo S.A. s/ concurso preventivo**.⁶⁰⁰

En este caso, resuelto en vigencia del artículo 48 en su nueva redacción según ley N° 25.589, el juez de primera instancia resolvió no aplicar el procedimiento del salvataje al caso de autos, porque la concursada no desarrolla ninguna actividad. Señaló que sin desmedro de la nueva redacción de la norma, de los antecedentes parlamentarios fluye, en principio, que lo que se pretende es lograr el salvataje de empresas que estén funcionando, es decir, que tengan una actividad como unidad económica. A continuación decretó la quiebra.

Segunda Instancia:

Apeló la deudora. La sindicatura contestó el traslado del memorial en la que postuló la confirmación de lo resuelto.

La fiscalía remite a la postura adoptada y los fundamentos vertidos en autos “S.I.A.P. s/ quiebra” por ser una situación análoga a la ahora debatida. Agrega que la apelante sólo expresó respecto a la actividad empresarial que *“lo cierto es que los fenómenos económicos sucedidos en nuestro país desde diciembre del año 2001 y que resultan de público y notorio, nuestra representada ha logrado concertar en los últimos tiempos y en forma muy paulatina, la celebración de operaciones de compraventa de automóviles usados, lo que insistimos, resulta irrelevante para el sostenimiento de la postura de esta parte.”* Son entonces, estas operaciones las que la fiscalía considera insuficiente para demostrar que existe una verdadera empresa cuando la actividad principal de la concursada era la venta de unidades nuevas producidas por dicha fábrica “Wolkswagen Argentina S.A” y sus operaciones anexas la compra, venta y financiación de vehículos usados con el objeto de colocación en el mercado de las unidades automotrices que fabrica la concedente.

Además, desde la apertura del proceso, la concursada había perdido la concesión otorgada por Wolkswagen Argentina S.A.

Resolución:

No obstante los argumentos de la Fiscalía, la Cámara, constituida por los Dres. José Monti, Bindo B. Caviglione Fraga y Héctor Di Tella, admitió el recurso y revoca la decisión apelada con los siguientes fundamentos:

“Si bien la anterior redacción del art. 48 L.C. pudo generar alguna duda respecto de la cuestión aquí planteada, lo cierto es que ella ha quedado despejada luego de la reforma introducida por el art. 13 de la ley 25.589, que suprimió de ese texto legal la referencia a “la empresa en marcha”.

“Superado el óbice que significaba la interpretación literal de esa frase, vencido el período de exclusividad sin que la concursada obtuviera las conformidades necesarias, no cabe sino disponer la apertura del registro del

⁶⁰⁰ Fallo 106.035.- “Automundo S.A. s/ conc. prev.” CNCom. sala C, 2.003/09/09, La Ley pags. 10 a 26, con comentario de Ariel Dasso, publicado en Suplemento de Concursos y Quiebras, Buenos Aires,

cramdown, así cabe interpretar pues, aún cuando la empresa no se encontrare actualmente funcionando, tiene una cantidad de elementos intangibles que pueden despertar el interés del mercado, el cual será, en definitiva, el que determine la viabilidad o inviabilidad del cramdown, (confr. C.Com, sala E, 5/8/98, en Canga S.A.”; Dasso A. “El Cramdown y la empresa en marcha”, La Ley 2000-D,310).

“... el objetivo de este procedimiento es la transmisión de las cuotas o acciones representativas del capital social sin que exista en la ley ningún recaudo vinculado con el destino de dicha organización productiva que puede estar, como parece acontecer en el caso, temporalmente sin funcionamiento.”

Una vez más, la cuestión determinante para la apertura del procedimiento de salvataje rondó, giró en estos autos, en torno a la efectiva marcha o funcionamiento de la empresa, a una real actividad que estuviera siendo, o no, desarrollada al momento de solicitar la apertura de este procedimiento.

Vemos como la Cámara, juntamente con la falta de exigencia del actual funcionamiento de la empresa, introduce la noción y consideración de una empresa capaz de “despertar el interés del mercado” para la determinación de la viabilidad o inviabilidad del *cramdown*.

Caso: Correo Argentino S.A⁶⁰¹

Se planteó en autos recurso de apelación contra la resolución que denegó el procedimiento previsto en el artículo 48 de la ley N° 24.522 con fundamento en que el proceso debía ser calificado como “pequeño concurso”. Contra dicha resolución apelaron la concursada, la Corporación Financiera Internacional y el Banco Interamericano de Desarrollo.

No obstante lo dicho, no es la cuestión de la imposibilidad de apertura del salvataje en el pequeño concurso (que no desarrollaremos en este

15 de marzo de 2.004.

punto) la única resuelta, sino que la Cámara vuelve sobre el concepto de “empresa en marcha”.

El *a quo* fundó la decisión en que el proceso debía ser recalificado como “pequeño concurso, en razón que la totalidad del personal fue transferido al Estado Nacional por la rescisión del contrato de concesión, y de tal modo quedó abarcado por la tipificación del artículo 288 L.C.Q.

Además considera que no se cumple la razón legal que radica en el salvataje de una empresa, actual o futura, se encuentre en marcha o inactiva pero con potencialidad de reactivación, en vistas a su efecto generador de empleo y de riqueza para la economía. Destaca que el activo de la concursada, estaría conformado principalmente por créditos contra el Estado Nacional, mayormente litigiosos y derivados del funcionamiento de la concesión y de la rescisión de la concesión. Añade que el caso no exhibe analogía con los precedentes “Automundo S. A.” y “Canga S.A.” ya que en estos la deudora poseía importantes inmateriales, mientras que en autos, el contrato de concesión fue rescindido y los desarrollos informáticos que hubiera efectuado la deudora pasaron a la propiedad del Estado.

La Cámara integrada por los jueces Enrique Butty, María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero y Ana I. Piaggi, estimaron los recursos de apelación interpuesto, revocando lo decidido en la resolución recurrida, debiéndose encauzar el procedimiento de acuerdo a lo reglado por la ley de concursos, artículo 48, sin costas. Ello por considerar que la oportunidad para determinar las categorías de pequeño o gran concurso es el de la apertura teniendo en cuenta los elementos de juicio proporcionados por el deudor en su presentación, y como principio no procede volver a evaluar la situación por la existencia de nuevos datos que modifiquen los existentes.⁶⁰²

⁶⁰¹ Fallo 108.423.- CNCom., Sala B, 2004/10/27 Correo Argentino S.A. publicado en La Ley – Suplemento de Concursos y Quiebras – Buenos Aires, 15 de diciembre de 2.004.

⁶⁰² Sin embargo, ello debe ceder cuando ha transcurrido un tiempo considerable entre esa presentación y la apertura, verificándose cambios relevantes en lo concerniente a las circunstancias previstas en el artículo 288 realizándose sin un grado de avance en el trámite que torne antifuncional su retroacción. Conf. considerando 4 del fallo en estudio.

También se expresa que no es el objetivo del *cramdown* la transferencia de la empresa en marcha sino el capital social de la sociedad concursada.

Refiere que uno de los aspectos que merecieron crítica en la redacción anterior a la reforma producida por la ley N° 25.589 al artículo 48 se centraba en la expresión “empresa en marcha”.

Se sostiene que las disputas semánticas ceden ante el objetivo del *cramdown* focalizado en la transmisión de la totalidad de las cuotas o acciones representativas del capital social del sujeto del procedimiento. De modo que no se requiere una “empresa en marcha en el sentido literal sino en el sentido de la existencia de interesados. Además se establece que la norma del artículo 48 es imperativa, en el sentido de que si se dan las condiciones exigidas en cuanto a los sujetos, y la falta de obtención de las mayorías en el período de exclusividad, la apertura del registro es obligatoria sin que pueda la sociedad concursada oponerse, ni el juez denegarlo. Es el mercado el que determina la viabilidad o inviabilidad del procedimiento.

Más allá de disponer la procedencia del artículo 48 en razón de considerar que no corresponde una nueva calificación del concurso posterior a la apertura, se reiteró la innecesidad de requerir el real funcionamiento de la empresa para la apertura del registro ya que será la existencia o no de interesados los que determinen la viabilidad o inviabilidad del procedimiento, lo cual compartimos.

No obstante debemos disentir con expresiones tales como las que consideran “el objetivo del *cramdown* focalizado en la transmisión de la totalidad de las cuotas o acciones ...” ya que ellas parecerían hacer hincapié, asentar la prioridad en un objetivo y una finalidad esencialmente (y hasta exclusivamente) económica y financiera, descartando la verdadera y real finalidad del *cramdown*, cual es, mantener en el mercado una unidad de producción socialmente útil. Creemos que no se puede excluir del enfoque el interés social de la recuperación de la empresa, finalidad del instituto, que se

plasma, se logra a través de la transferencia de las cuotas o acciones de capital de la concursada. Esto es el medio y no el fin del instituto.

Desde la interpretación que propiciamos, el *cramdown* queda habilitado por la existencia de interesados en una empresa que, (se encuentre o no funcionando) esté en condiciones de producir bienes y servicios y ser socialmente útil, otorgue trabajo, sea capaz de responder a las obligaciones contraídas, y cumplir ante el Estado con el pago de los impuestos, tasas, cargas sociales, etc.

No puede ni debe considerarse al *cramdown* como una maniobra financiera, especulativa, una oportunidad para adquirir acciones o participaciones de capital social a bajo precio.

El procedimiento debe perseguir otra finalidad que creemos, debe estar evidenciada con la presentación de un plan de saneamiento viable, sustentable, que la ley no exige y con respecto al cual, como vimos, la doctrina no se ha puesto de acuerdo respecto de su procedencia.

No obstante, si lo que se busca no es sólo proteger el interés del adquirente, éste debe demostrar (a los acreedores y a la sociedad) su capacidad de sanear la empresa, y cumplir así el objetivo del procedimiento de “salvataje”.

En igual sentido Dasso ha dicho que *“si de lo que se trata es adjudicar la empresa a un nuevo empresario, desde luego que los factores que debieron haber sido ponderados para esta adjudicación no son tenidos en cuenta: ni la capacidad del empresario para la continuidad de la actividad fuente de trabajo, la que no es objeto de análisis en ningún momento: ni su potencial económico, el que tampoco es susceptible de ser considerado; ni el proyecto sobre la continuación o cese de la explotación (que es lo mismo que decir inexistencia del plan); ni el nivel ocupacional involucrado en sus perspectivas; ni la entidad o monto de la oferta, que puede eventualmente ser superada por otros que cronológicamente lleguen pácticamente junto con*

*él (aun un minuto más tarde), o después, dentro de los últimos 20 días del plazo final del cramdown”.*⁶⁰³

En el siguiente cuadro intentaremos sintetizar las principales características de este instituto.

CRAMDOW

Sujetos	Comprendidos	<ul style="list-style-type: none"> - Las sociedades comerciales - Las Sociedades de Responsabilidad Limitada - Las Sociedades Anónimas - Las Sociedades en Comandita por Acciones - Las Cooperativas - Las Sociedades del Estado - Agrupamientos empresarios
	Excluidos	<ul style="list-style-type: none"> - Las Sociedades de Personas - Los pequeños concursos (aunque sean S.A., S.R.L. Coop., etc.) - El comerciante individual. - Entidades de Seguros - La Mutuales - Las Aseguradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones - Las Sociedades Irregulares.
	Adquirentes	<ul style="list-style-type: none"> - El deudor - Cualquier acreedor - Cualquier tercero interesado
Presupuestos de apertura		<ul style="list-style-type: none"> - Empresa concursada “en marcha” - Fracaso de acuerdo en el período de exclusividad - Existencia de terceros e interesados inscriptos
Finalidad		<ul style="list-style-type: none"> - Evitar la liquidación de la empresa para la cancelación del pasivo.

⁶⁰³ DASSO, Ariel: “La *condicio iuris* del *cramdown*: La sociedad concursada debe ser adjudicada no al primero que llegue, sino al que realice la mayor oferta”. Sociedades y Concursos. Ed. Ad-Hoc. 1.996. p 484.

Finalidad	<ul style="list-style-type: none"> - Mantenimiento de una unidad productiva en funcionamiento. - Mantenimiento de las fuentes de trabajo.
Características	<ul style="list-style-type: none"> - Se prescinde del consentimiento de los socios o accionistas. - No se requiere la presentación de un plan de salvataje o saneamiento de la empresa. - No se exige el mantenimiento de la fuente de trabajo. - Nada impide al adquirente, la posterior liquidación, desguace y cierre de la empresa. - No resulta adjudicataria la mejor propuesta, sino la que se presente primero.

Edictos:

La doctrina debate respecto al propósito que tienen los edictos a los que el artículo 48 actual menciona en plural, ya que no se comprende que la norma no especifique cual es el contenido de esta publicación edictal considerando que se trata de una inadvertencia.⁶⁰⁴

Barreiro y Lorente expresan que podría suponerse que tiene por propósito de convocar a los potenciales terceros interesados en participar del salvataje, aunque no se comprende quien debería abonarlos ya que los terceros depositan el pago de los edictos recién al inscribirse como interesados, por lo que mal pueden ser convocados mediante ellos. Tampoco tendría sentido que cada interesado pague el importe íntegro. Entonces, no parece que lo que se está publicando es la convocatoria a participar del salvataje, salvo que el juez decida –pretorianamente- publicar edictos.

Efectúan a su turno otra posible interpretación que definen menos útil pero más ajustada a la cronología del nuevo artículo 48 LCQ, en el sentido de que la finalidad de los edictos es comunicar la audiencia informativa del

⁶⁰⁴ BARREIRO, Marcelo y LORENTE, Javier: "La 're-reforma' concursal – Consideraciones ..." ob. cit. pag 17 a 25.

inciso 5to., u otra, la conclusión del concurso en los términos del artículo 59 LCQ.

Plazos:

Los plazos procesales que insume el salvataje son mucho más extensos que los previstos en la ley N° 24.522.

Por una parte, las escasas 48 horas que disponía el juez para valuar la empresa de conformidad con los registros contables, han sido reemplazados por un procedimiento de valuación que insume los siguientes pasos:

- 2 días para abrir el registro de interesados;
- 5 días para que los terceros se inscriban;
- designación del evaluador. No se establece término para ello,
- una vez notificado de su designación, el evaluador debe aceptar el cargo.
- 30 días desde la aceptación del cargo, para que el evaluador presente el informe en el expediente.
- 5 días para producir observaciones al informe
- el plazo prudencial que se tome el juez del concurso para fijar finalmente el valor de las cuotas o acciones representativas del capital social de la concursada.

Además, tal como ya lo hemos analizado, al tiempo de fijar el valor de las cuotas o acciones representativas del capital social, el juez del concurso fija un plazo de veinte (20) días hábiles judiciales dentro de los cuales los interesados y el deudor pueden obtener las conformidades con sus propuestas de acuerdo preventivo. El juez fija también, en la misma resolución, la fecha, hora y lugar de celebración de la audiencia informativa, cinco (5) días hábiles antes del vencimiento del período de concurrencia o competencia, que es aquel en el que el propio deudor y los terceros inscriptos en el registro, pueden competir por la obtención de las mayorías.

Barreira y Llorente resaltan el error de redacción deslizado en el inciso 5° al decir que la audiencia informativa se celebrará cinco (5) días antes del vencimiento del plazo para presentar propuestas, cuando poco después se afirma que dicha audiencia informativa es la última oportunidad para “exteriorizar la propuesta de acuerdo”. Esto es, las propuestas pueden presentarse hasta la audiencia informativa o en los cinco (5) días posteriores también. Por ello propugnan que la redacción de la primera oración del inciso 5° debería decir que la audiencia informativa tiene lugar cinco (5) días antes del vencimiento del plazo o para presentar propuestas aceptadas o conformidades.

Si el primero en obtener las conformidades fuera el propio deudor, se aplican las reglas previstas para el período de exclusividad, esto es, debe el juez dictar la resolución de existencia de acuerdo (artículo 49 LCQ) dentro de los tres (3) días, habilitándose desde allí el trámite del Título II, Capítulo V de la LCQ.

Ya hemos analizado que en el supuesto que el primero en obtener las conformidades suficientes sea un tercero, cuando la valuación de la empresa fuera positiva, y previo dictamen del evaluador, el juez dicta una resolución fijando un valor de transferencia de las cuotaspares o acciones representativas del capital social reducido en la misma proporción que lo fuera el pasivo quirografario, tomado a valor presente, según la propuesta conformada. Esta resolución judicial es irrecurrible.

Y es a partir de dicha resolución el tercero puede:

a) manifestar que pagará a los socios de la concursada el precio fijado (inciso 7.c.1), lo que debe hacer diez (10) días después de homologado el acuerdo,

b) intentar abonar un precio inferior al determinado por el juez (inciso 7° punto b), para lo cual el tercero cuenta con un nuevo período de veinte (20) días hábiles judiciales para conseguir las conformidades de socios o accionistas que representen las dos terceras (2/3) partes del capital social, sin requerir mayoría de personas.

Es decir que a los sesenta (60) días hábiles que lleva la fijación del valor de las cuotas o acciones, se suman los veinte (20) días del período de concurrencia. Conseguidas las conformidades, un mínimo de otros diez (10) días hábiles transcurrirán hasta que el juez estime el valor “reducido” del precio de transferencia, y desde entonces comienzan a correr los veinte (20) días hábiles judiciales para que el tercero obtenga la conformidad de los socios o accionistas con la propuesta de pago de un precio inferior al fijado judicialmente. Si a ello le sumamos el íter homologatorio pasamos los ciento treinta (130) días hábiles judiciales, lo que supera el doble de lo que imaginaba la cronología *cramdown* versión 1.995.

A igual que en la ley anterior, gana el primero que obtiene las conformidades y las comunica en el expediente.

A continuación mostraremos en un esquema lineal el desarrollo y los plazos del proceso del *carmdown*.

CRAMDOW

Vto. Período de
Exclusividad

Plazo de
competencia

2 d	5 días	¿?	30 días	5 días	¿?	20 días	----- 5 días	3d	10días	20 días
a.	b.	c.		d.	e.	f.	h	g	i.	j1 j2

- a. Apertura del Registro de interesados
- b. Período de inscripciones
- c. Designación, notificación del evaluador y aceptación del cargo. No se establece plazo
- d. Plazo de presentación del informe del evaluador
- e. Período para plantear observaciones al informe del evaluador
- f. Fijación del valor de las cuotas o acciones. Plazo prudencial.
- g. Período de competencia para la obtención de las conformidades
- h. Audiencia informativa. Cinco (5) días antes del vencimiento del período de competencia
- i. Resolución Judicial. Si el que obtuvo las conformidades es el deudor: se habilita el trámite del Título II Cap. V. Si el que obtuvo las conformidades es un tercero: Se fija el valor de la transferencia.
- j. 1.- Si se paga el valor de transferencia fijado por el juez. 2 Si se intenta abonar un precio menor se requiere obtener nuevamente las conformidades

La adjudicación:

Uno de los aspectos más observables, o reprochables, que seguiría de su literalidad, es el referido al texto del párrafo 1°, inciso 4 del artículo 48 en cuanto impone la adjudicación de la empresa al oferente que primero presente las conformidades de los acreedores.

En palabras de Dasso, esta solución literal es antifuncional y arriesga privar al instituto del salvataje de la juridicidad constitucional, que le reconocemos sobre la base de su característica de transferencia forzosa.⁶⁰⁵

La interpretación propiciada por el autor referido es en el sentido que la transferencia está dirigida a obtener “la mejor oferta”, ya que en el procedimiento, en el que es forzada la voluntad del socio o accionistas, en orden al interés superior de la conservación de la empresa, debe guardar congruencia con las máximas garantías (posibles), entre las cuales quizás la de mayor relevancia es la determinación de un “justo precio”, o al menos, o de un precio que sea el mayor posible.

En cambio según el sistema establecido, si el primero que llegue a reunir y presentar las conformidades a su propuesta, resulta adjudicatario, no será el mayor precio ofrecido el que determine la adjudicación, sino el orden cronológico en que sean presentadas las ofertas de compra, con prescindencia de su monto.

Hemos visto que en el derecho comparado, la transferencia no resulta una cuestión cronológica o automática.

En el modelo estadounidense en el que también el plan de *reorganization* (*chapter 11*) admite la formulación de propuestas por terceros, y es en tal contexto posible la conformidad de los acreedores con propuestas de disintos oferentes, la decisión final compete al juez, quien debe elegir aquella que, a su juicio, resulte más conveniente a los acreedores, entendiendo por tal a la que hubiere obtenido mayor porcentaje de conformidades.

⁶⁰⁵ DASSO, Ariel: “La *condicio iuris* del *cramdown*: La Sociedad ...”. Ob. cit. p.485

A su turno el sistema francés dispone “*le tribunal retiene l’offre qui permet dans les meilleurs conditions d’assurer le plus durablement l’emploi attaché a l’ensemble cédé et le paiement des créanciers*”.⁶⁰⁶

El autor citado continúa afirmando que “*esta interpretación textual es disvaliosa, y descalificable: debe ser dejada de lado, prevaleciendo en cambio la interpretación teleológica, e integrativa del sistema excepcional con el ordenamiento general al que ha sido novedosa e imperfectamente incorporado*”.

Así propicia que “*el juez debe adjudicar la empresa al que deba ser calificado por el propio magistrado como primero, pero no en el orden cronológico de la presentación, sino en el orden económico de su propuesta*”.⁶⁰⁷

Afirma que esta interpretación funcional es congruente con el rigor de la filosofía economicista de la ley: la adjudicación a la mejor oferta será el “justo precio que determinó el mercado. Se habrá así superado, con la irrefutable respuesta pragmática de la economía toda, el cuestionamiento dirigido por la doctrina contra la disposición legal destinada al (imposible) objetivo de fijar en sede judicial el “justo precio” de una sociedad concursada.

Si la adjudicación de la empresa se realiza a favor de quien realizó la oferta más alta, sin lugar a dudas podrá decirse que el “justo precio” está dado por el valor asignado por el mercado, y tal fundamento no existe cuando la adjudicación es realizada a favor del primero que se presente.

Compartimos en un todo la crítica efectuada en este punto por la autorizada doctrina citada, respecto a la incoherencia del sistema establecido y en cuanto a la desnaturalización del salvataje con la adjudicación simplemente temporal o cronológica.

No es claro si ante los claros términos de la ley, puede efectuarse la interpretación propiciada, la que vemos en cierto aspecto forzada por la buena intención y también por el buen criterio, pero forzada al fin.

⁶⁰⁶ Redressement et liquidation des entreprises. Ley 67.563 del 13 de julio de 1.967. artículo 35.

⁶⁰⁷ DASSO, Ariel: “La *condicio iuris* del *cramdown*: La Sociedad concursada ...” ob. cit. p.486.

Estamos de acuerdo que el sistema debería considerar “justo precio” a la mejor o mayor oferta efectuada entre todos los proponentes y no solo al primero en probar la obtención de las mayorías, y en este sentido debería modificarse la redacción del artículo 48.

Sin embargo debemos advertir que aún ante este nuevo supuesto (de modificación legislativa) tampoco la adjudicación debería ser automática por la verificación de los montos de las ofertas y la obtención de las conformidades. Debe considerarse para la adjudicación la totalidad de los factores, elementos, intereses en juego y afectados en el proceso falencial, y ello a través de la presentación del –ya hasta el hartazgo reclamado- plan de reflatamiento o salvataje.

El cramdown power:

El *cramdown power*, se presenta como opuesto al criterio sentado en la ley Nº 24.522, y se trata de una reforma muy significativa introducida por la ley Nº 25.589, en sintonía con la reforma proyectada en 1.997.⁶⁰⁸

Ahora, ya no será necesario que el concursado logre la aprobación en todas y cada una de las categorías de acreedores fijadas en la resolución del artículo 42. LCQ, sino que a tenor del actual artículo 52, podrían darse las siguientes situaciones:

Inciso 1º: Si existieren plurales categorías de acreedores quirografarios, pero a todas ellas se les hubiere formulado la misma propuesta, entonces la doble mayoría del artículo 45 LCQ se computará tal y como si fuera una única categoría. En este sentido fue la decisión de la Sala D, CNCom. en los autos “Daly y Compañía SACI s/ quiebra s/incidente de apelación promovido por la fallida”.⁶⁰⁹

En este caso “debe” el juez homologar, excepto lo dispuesto en el inciso 4º.

⁶⁰⁸ Artículo 52 inc. 3º del anteproyecto de 1.997.

⁶⁰⁹ “Daly y Compañía SACI s/ quiebra s/incidente de apelación promovido por la fallida” C.N.Com. Sala D, con dictamen del Fiscal de Cámara, citado por DASSO, Ariel, en “Ley 24.522. Comentario exegético”. Ad, Hoc. Año 2.000. p. 282.

Inciso 2°: Allí se prevén dos supuestos: a) si existiera propuestas diferentes para las distintas categorías de acreedores quirografarios, el juez debe homologar si se hubieren obtenido las mayorías del artículo 45 en todas y cada una de ellas o, en su caso, las previstas en el artículo 67 (en caso de tratarse de concurso de agrupamiento); y b) aún cuando la propuesta no obtenga la conformidad de todas las clases, el juez podrá igualmente homologarla “e imponerla a la totalidad de los acreedores quirografarios” cuando se verifique la siguiente circunstancia cuádruple: b.1) que el acuerdo haya sido al menos aprobado por una de las categorías, b.2) que el acuerdo obtuviera las conformidades de –al menos- las tres cuartas partes del capital quirografario en su conjunto, b.3) que no exista discriminación contra la o las categorías disidentes (por lo que pueden ser más de una), y b.4) que el pago resultante del acuerdo que se impone no resulte inferior al que el acreedor disidente obtendría en una eventual quiebra.

Esta imposición no puede hacerse respecto de los acreedores privilegiados que no hubiesen aceptado el acuerdo (inciso 3°), agregado innecesario pues tanto del inciso 2° primer párrafo, como del apartado “b” del mismo, surge palmario que la imposición judicial será sólo respecto de los acreedores quirografarios.

El inciso 4° prevé la posibilidad que el juez aún en el supuesto que se hubieren alcanzado las mayorías de ley, no homologue el acuerdo alcanzado en virtud de que se tratare de una propuesta abusiva o en fraude a la ley. Este parámetro específico incorporado por la ley N° 25.589 no difiere, en esencia, de las pautas de los artículos 953 y 1071 del Código Civil argentino que conforme la doctrina y la jurisprudencia resultaban aplicables aún durante la vigencia de la ley N° 24.522.⁶¹⁰

Vemos que nuevamente se ha centrado la decisión en la conveniencia o no del acuerdo para los acreedores ya que para imponer el acuerdo el juez solo evaluará que a la categoría disidente no se le ofrezca menos de lo que obtendría en la liquidación, dejando sin consideración la situación de los trabajadores, (que

como hemos analizado resulta determinante en el derecho comparado), la importancia de la actividad desarrollada en la economía regional, y la presentación de un plan de salvataje.

⁶¹⁰ PORCELLI, Luis: "No homologación del acuerdo preventivo. Propuesta abusiva o en fraude a la ley", en

Colofón:

No reiteraremos aquí los fundamentos esgrimidos para apoyar la constitucionalidad del *cramdown*, nos limitaremos solamente a adherir a ellos y hacerlos extensivos a la situación del *cramdown power*.

Respecto a la conveniencia de su tratamiento, adopción como procedimiento de salvataje y regulación por parte del ordenamiento jurídico, adherimos asimismo a la postura adoptada por sus defensores considerando que corresponde legislar sobre salvataje porque:

1) Permite el aprovechamiento de una unidad productiva, de la cual no solo se beneficiará la sociedad, con el mantenimiento de una fuente de trabajo, generadora de productos, y el Estado por una cuestión o materia fiscal, sino que también es beneficioso para los acreedores que podrán cobrarse de una unidad en funcionamiento de una mejor manera que de la liquidación de los bienes del deudor por separado.

Por ello, hemos rechazado su consideración como una simple operación económico-financiera, ya que el objetivo del *cramdown* no es la transferencia de las acciones a bajo costo a un nuevo empresario (medio), sino la recuperación de una unidad de producción y de trabajo socialmente útil.

2) Por otra parte, el cambio de titulares que se produciría en caso de resultar adquirente un tercero, supone una mejor administración y oportunidades por parte de la nueva empresa adquirente que también puede brindar una mayor confianza en el mercado, frente la desgastada relación existente, a esas alturas del proceso, entre el deudor y sus acreedores, que se presentarán dudosos o desconfiados con él.

3) Por estas mismas razones, la obtención del crédito puede resultar más fácil al nuevo adquirente que al antiguo deudor.

Con respecto al planteo de la delicada cuestión de si es o no necesaria la presentación de un “plan de trabajo” o “plan de refluotamiento”, mucho se ha

debatido al respecto, y vemos que el mismo es requisito en el derecho comparado, no obstante lo cual, parte de la doctrina argentina considera que en nuestro país, y dadas las particulares circunstancias en las que se desarrolla nuestra economía nacional, y consecuentemente la actividad empresarial, en una constante de inestabilidad, inflación, corridas bancarias; harían, tornarían a dicho plan de reflotamiento, salvamento o salvataje, un requisito formal y a la postre una traba innecesaria para el proceso. ¿Quién controlaría el cumplimiento del plan?, ¿Las modificaciones de las circunstancias harían necesario la presentación de un nuevo plan? ¿Su modificación necesitaría asimismo, ser también aprobada? ¿Por quien, que mayorías serían necesarias?

No obstante todos estos válidos cuestionamientos, y muchos otros que puedan surgir respecto a la existencia de un plan de salvataje, consideramos que su presentación es necesaria para la evaluación de una real intención y aptitud de continuar con la explotación de la empresa por parte del adquirente, y a su turno, su capacidad para modificar su plan de actuación adecuándolo a las nuevas circunstancias que se vayan produciendo marcarían, denotarían su aptitud para lograr la superación de las dificultades y para reflotar la actividad económica de la empresa de una manera productiva.

Recordemos que la finalidad del procedimiento consiste en permitir la reconversión, restauración o reestructuración del negocio para evitar la desaparición de sujetos productores y generadores de bienes y servicios colectivamente útiles. Es cierto que nada impide en la redacción actual que el adquirente liquide la empresa después de obtenido el *cramdown*, situación que consideramos debería ser revisada ya que, reiteramos no se compadece con su finalidad de mantener una unidad económica en funcionamiento, conservar la fuente de trabajo, etc. Lo contrario favorece la especulación. No debería implicar o significar solamente un “buen negocio” para el adquirente a bajo precio del paquete accionario de una empresa que luego revenderá o liquidará por fuera del concurso.

Con respecto al control del plan, consideramos que son los propios acreedores a quienes les interesa que la empresa sea saneada para que pueda hacer frente a los compromisos con ellos asumidos en el acuerdo, y quienes podrán personalmente reclamar al adquirente cualquier alteración del plan de salvataje que sea contrario o contraproducente para el normal desarrollo de la actividad empresarial. Según las reglas del libre mercado, podrán continuar con sus relaciones de negocios o suspenderlas si consideran riesgoso el cambio del plan.

Sin embargo, dado que el empresario posee la libre administración de su negocio, la modificación del plan no puede dar lugar a acción judicial alguna, a menos, claro está que se incumpla con el acuerdo. Pero será ese incumplimiento el que habilite al acreedor a reclamar judicialmente y no la modificación del plan.

No obstante lo dicho, ratificamos nuestra creencia en que la presentación de un plan de saneamiento es esencial al momento de efectuar la propuesta para evaluar su seriedad, la posibilidad del cumplimiento de la oferta efectuada a los acreedores, y el respeto de los objetivos sociales (mantenimiento de las fuentes de trabajo, cumplimiento de las obligaciones impositivas, etc.).

La inalterabilidad del plan o su reformulación dependerá de que se mantengan o modifiquen sustancialmente las circunstancias que pueden depender del empresario (cambio de ramo, expansión del mercado) o ser ajenos a él como la modificación de la política económica regional o nacional, la apertura de las importaciones, cambio de política fiscal o monetaria, etc.

Respecto a los sujetos que pueden acceder a este procedimiento, consideramos que no corresponde la exclusión de pequeños concursos, tanto por cuestiones constitucionales, como de necesidad práctica, discriminación que, como vimos, la doctrina calificó de “arbitraria y carente de sentido”.

Existen un sinnúmero de pequeñas industrias de bienes, y productos relevantes, importantes en el conjunto de la economía nacional que no resultan ahora beneficiadas por el *cramdown*.

Si el argumento de su exclusión responde a los elevados costos del proceso que resultarían antieconómicos en el trámite de un pequeño concurso, considero que ésta sí es una de las cuestiones, decisiones, que debe dejarse, con basamento en el sistema privatista, en manos de los particulares ya sea el deudor, los acreedores, o terceros interesados, quienes decidirán el interés, conveniencia y oportunidad de la continuidad de la empresa, harán sus propuestas o prestarán sus conformidades.

La Exposición de Motivos adujo tener en vista la moderna legislación comparada para la adopción del *cramdown*, pero también es cierto que en el derecho comparado suelen regular por leyes o procedimientos especiales las insolvencias de las pequeñas empresas, o emprendimientos rurales. Si se insiste en la exclusión del *cramdown* para estas clases de deudores, quizá deba abrirse alguna instancia o procedimiento específico que permita su salvataje. De lo contrario, las puertas deberían permanecer abiertas antes que propiciarse su liquidación.

Si el *cramdown* triunfa, es beneficioso para la empresa y si ésta es saneada, ello en definitiva producirá beneficios económicos para el país por contribuir a la generación y circulación de la riqueza a través no solo de los contratos empresariales, sino del pago de sueldos, impuestos, servicios, etc.

Con relación a las personas físicas, es imposible la apertura del procedimiento del *cramdown* en razón a la unidad del patrimonio y su consideración como atributo de la personalidad, en tanto que a las sociedades irregulares, cabría mantener su exclusión que procede como una sanción en nuestro régimen.

Aquí corresponde retomar una idea inicialmente esbozada, que se deberá aplicar en todo procedimiento de *cramdown* (en el pequeño o gran concurso), y es la evaluación de que la empresa sea “saneable”. Sostuvimos antes de ahora que no evaluar la viabilidad de la empresa sería someter a todos los involucrados a una lenta agonía, y es para ello que consideramos importante la ya referida

elaboración y presentación de un plan de salvataje, en donde podrán evaluarse las reales posibilidades de salvamento de la empresa.

Para este análisis, el concepto de empresa salvable o saneable no se debe identificar con el de empresa en funcionamiento o en marcha, que dividió a la doctrina y a la jurisprudencia nacional. Debe en cambio asimilarse a la idea de un plan sustentable de empresa en actividad o bien de reactivación de una empresa con capacidad para producir bienes y servicios.

Que la empresa sea salvable significa, para nosotros que el plan propuesto logre mejorar la actividad productiva útil, con el aprovechamiento de sus marcas, patentes, valores intangibles, clientela, etc.

Ante la ausencia de plan, o presentación de un plan no sustentable, lo que correspondería sería la liquidación.

En este punto del análisis debemos determinar ¿A quien le corresponde entonces la decisión de la aprobación del plan o su rechazo? ¿El juez puede rechazar un plan de salvataje cuando han sido presentadas las conformidades en los porcentajes exigidos por la ley?

Consideramos que sí. Hemos sostenido que el mantenimiento de una empresa en marcha no se busca sólo en beneficio de los acreedores, sino también de la sociedad toda. Existen otros intereses involucrados, distintos de la cancelación de las deudas, tales como el mantenimiento de la fuente de trabajo, el mantenimiento de la producción de determinada industria o servicio fundamental para el desarrollo del país, que no siempre tiene por qué resolverse a través de la expropiación, cuando puede mantenerse en manos privadas con una adecuada intervención del Estado en el momento oportuno (a través del Poder Judicial), y ese momento es sin lugar a dudas la evaluación de la viabilidad de la empresa, la coherencia del plan de salvataje propuesto y el resguardo de los intereses sociales, que no pueden ser determinados de manera general por la ley y en consideración del tipo societario o de las características del concurso, sino que deberán ser evaluados por el juez en cada caso en particular y en vista de todos

los factores y elementos a su disposición (industria involucrada, actividad desarrollada, región del país en la que se desenvuelva, número de acreedores, número de trabajadores, etc.)

El desarrollo económico necesita de empresas, industrias, del aumento de la producción y del trabajo, por ello es importante la implementación de procedimientos que, lejos de buscar su finiquite, su liquidación, la ayuden a superar los momentos de profundas crisis. Pero estos procesos no pueden implementarse de manera automática, si se busca una real reactivación, el plan debe ser serio, sustentable.

El oportunismo y la improvisación han causado ya serios males al país.

RECOMENDACIONES, CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

RECOMENDACIONES:

ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA

En el MERCOSUR desde la estructura orgánica adoptada, las características y funciones, hasta el mecanismo de resolución de conflictos refleja el bajo grado de compromiso de integración asumido por los Estados Partes que se han negado sistemáticamente a ceder atribuciones a los órganos del bloque, como así también, al nacimiento o creación de un derecho regional con características de derecho comunitario. La estructura actual del MERCOSUR y el procedimiento de creación de normas se compadece con la intención real de los Estados.

En cuanto a la materia concursal, y al tema del salvataje empresarial consideramos que constituyen cuestiones que requieren ser armonizadas, para permitir el logro de los objetivos en el área.

El hecho que los Estados Parte del MERCOSUR, tengan la decisión política de alcanzar cierto grado de integración económica, no significa que prescindan de sus características particulares en lo social, político, económico y jurídico.

La mentada armonización mediante el empleo de normas de conflicto solo conduce a la adopción de idénticos criterios de distribución de competencias legislativas y jurisdiccionales, pero no conduce a la unificación del derecho sustancial; no implica la adopción de igual sistema de verificación, ni de la clasificación de los créditos, etc. Por lo tanto, no implicaría, no conduciría a la adopción de idéntica solución de fondo cuya aplicación deba ser “garantizada y uniformemente interpretada, armonizada en el área integrada”.

Por otra parte, las garantías necesarias de “protección contra la modificación unilateral del texto armonizado, y de interpretación y aplicación

uniforme” solo pueden obtenerse a través un texto único, mediante la elaboración del derecho regional en la materia.

Tal como adelantáramos en las conclusiones iniciales efectuadas en el capítulo II del presente trabajo de investigación la quiebra regional no puede permanecer regulada por las normas de conflicto de cada Estado miembro, en razón de las asimetrías existentes en materia de quiebra transnacional en el derecho interno de los mismos. Un texto normativo específicamente elaborado para el área del MERCOSUR garantizará la certidumbre jurídica.

En la elaboración del marco jurídico del MERCOSUR deberán tenerse especialmente en cuenta las variables políticas, económicas, sociales, culturales, y los objetivos propios fijados en el área. El cauce más idóneo para superar las asimetrías es el de la ley especial. Este instrumento jurídico específico deberá elaborarse teniendo en cuenta el método de campo.

Todo el proceso de armonización legislativa (empleado el término en su concepto más amplio) comprende la determinación del juez competente y legislación aplicable, las que por lo tanto, requieren ser tratadas por el derecho internacional privado de la integración del MERCOSUR. Ella debe abarcar, comprender todos los aspectos del proceso de falencia ya que aquellas cuestiones no reguladas, los posibles vacíos normativos o lagunas legales, deberán ser resueltos por el derecho interno del Estado cuyos tribunales entiendan en la causa, es decir deberán subsanarse por la aplicación de la *lex fori*.

Resulta así esencial la determinación tanto del juez competente como la regulación adecuada de todas las cuestiones relativas al concurso. Por ello, para alcanzar nuestro objetivo resulta conveniente esbozar, diseñar algunas pautas que pueden ser consideradas básicas.

Antes de establecer o sugerir la adopción de aquellos principios que consideramos más convenientes para la regulación en materia de insolvencia transfronteriza, tal como advertimos cada vez que nos refiramos a Estados Parte, o Estado Miembro del MERCOSUR, sus apreciaciones son aplicables a los

Estados Asociados en tanto asuman las mismas responsabilidades y se asimilen a los derechos y obligaciones que reconozcan e impongan a los habitantes en el área (ahora ampliada por la extensión del territorio del Estado Asociado).

EXTRATERRITORIALIDAD

Advertimos acerca de la disparidad de criterios adoptados por las normas de fuente interna en los países que conforman el MERCOSUR al momento de decidirse entre la aceptación de sistemas de extraterritorialidad o territorialidad.

Asimismo, llamamos la atención sobre la existencia de distintas normas de fuente convencional que vinculan en forma parcial, a los Estados Parte y Asociados entre sí. A pesar de la referida diversidad de textos convencionales vigentes entre los Estados Miembros del MERCOSUR y los Países Asociados, observamos en dichas normativas la adopción de criterios similares, la adopción de principios tales como, la extraterritorialidad de los efectos de la declaración de quiebra, la competencia jurisdiccional de los tribunales del domicilio del deudor, el reconocimiento de la actuación del síndico en todos los Estados parte de dichos instrumentos, el efecto extraterritorial de la inhabilidad del deudor fallido, entre otros.

Estas similitudes son las que nos permiten ser optimistas en el logro de un instrumento regional base, regulador de la insolvencia en el área.

CALIFICACIONES

A fin de evitar que mediante la adopción de criterios de calificación disímiles por aplicación de la *lex fori* o la *lex causae* se obtengan soluciones desarmónicas, propiciamos la adopción de calificaciones autárquicas.

Acreedores:

Dado que entendimos como inapropiada la denominación de “comunitario” para todo cuanto se refiera al área del MERCOSUR por carecer la misma de las características propias de una comunidad económica, procedimos a evitar las

propuestas efectuadas de llamar comunitarios a los acreedores mercosureños debiendo referirse a ellos como “acreedores regionales”. Por ello, proponemos distinguir tres especies de acreedores:

- *Acreedor nacional*: Todo acreedor titular de un crédito con lugar de pago dentro del territorio de un Estado.
- *Acreedor regional*: Es el titular de un crédito pagadero en el territorio del área integrada.

A su turno, y recordando la vigencia del principio de no discriminación vigente en el MERCOSUR, y por imperativo del propio Tratado de Asunción, consideramos que tanto los acreedores nacionales (de cualquier Estado Parte o Asociado) como los acreedores regionales deben estar sometidos a idéntico régimen de calificación, graduación y preferencia de los créditos. Es decir que cuando en un proceso falencial se encuentren comprendidos, vinculados o afectados, acreedores nacionales y regionales, todos ellos deberán ser considerados como “acreedores locales” y consecuentemente sometidos a idéntico régimen legal, ya que no deberá asimilarse el acreedor local al nacional, sino que conforme la calificación que propiciamos:

- *Acreedor Local*: “Es todo acreedor titular de un crédito con lugar de pago en algún Estado Parte del MERCOSUR”.

En cambio si en el proceso participan acreedores foráneos o extranjeros con créditos pagaderos en el exterior, debemos interpretar ahora, que son ajenos al área integrada. Por lo tanto:

- *Acreedor extranjero*: “Es todo acreedor titular de un crédito con lugar de pago fuera del territorio del área integrada”.

Propiciamos que esta última definición de acreedor extranjero es la única que debe subsistir en contraposición con el concepto adoptado, a la calificación efectuada, de acreedor local, que veremos, resultará trascendental en la distinción de un proceso de insolvencia internacional con relación a la insolvencia regional, y que debe considerarse al momento de regular (en caso de corresponder) respecto

de las preferencias nacionales, tema sobre el que ya nos expedimos en el capítulo correspondiente pero que retomaremos.

Quiebra:

En virtud a los conceptos propuestos, también resulta oportuno retomar las tradicionales definiciones de la quiebra internacional y así:

- *Quiebra internacional*: Es el proceso concursal liquidatorio de un deudor que posee un patrimonio internacionalmente disperso.
- *Quiebra nacional*: Es el proceso concursal liquidatorio de un deudor que posee un patrimonio situado exclusivamente dentro de los límites del Estado.
- *Quiebra regional*: Es el proceso concursal liquidatorio de un deudor que posee un patrimonio regionalmente disperso.
- *Procedimiento de insolvencia*: Comprende todo procedimiento colectivo que tenga por finalidad tanto la recomposición patrimonial, reestructuración o salvataje de la empresa, que se denominará “concurso colectivo” o “procedimiento concursal”, como así también aquel tendiente a obtener la liquidación de sus bienes, el que se denominará “quiebra”.
- *Procedimiento Principal*: Se entenderá el procedimiento que se siga en el Estado donde tenga su domicilio el comerciante o sociedad mercantil deudora.
- *Procedimientos plurales o secundarios*: Es el procedimiento que se sigue en el territorio de un Estado en donde el deudor posea un establecimiento independiente o algún tipo de representación.

Domicilio:

Entendemos que en este aspecto corresponde distinguir entre personas físicas y personas jurídicas. Así,

- *Domicilio de la persona física*: Por domicilio de la persona física se entenderá el lugar donde ésta posea su casa comercial principal, a falta de ésta, se entenderá por domicilio el lugar de su residencia habitual.
- *Domicilio de la persona jurídica*: Por domicilio de la persona jurídica se entenderá el domicilio social inscripto.

- *Domicilio especial:* En los supuestos que el deudor, sea una persona física o jurídica, posea casas independientes en distintos Estados, se las considerará domiciliadas en dichos territorios con respecto a las operaciones que allí practique.

PREFERENCIAS NACIONALES

Si bien el régimen de insolvencia debe conceder un trato equitativo a los acreedores que se hallan en situación análoga, tanto extranjeros como nacionales, por trato equitativo no se entiende que todos los acreedores deben ser tratados igualmente, sino de manera que refleje los diferentes acuerdos que puedan haber concertado con el deudor y las prerrogativas de los titulares de créditos o derechos que nazcan por imperio de la ley.

En los supuestos de quiebras de empresas regionales, deben suprimirse las preferencias de los créditos nacionales por resultar incompatibles con el proceso de integración, ya que en el ámbito regional no pueden subsistir sistemas que privilegien o protejan a los a los acreedores nacionales, en razón de que dichas disposiciones resultaría violatorias o contradictorias con la igualdad de trato que debe imperar en el área.

En virtud que esta propuesta se encuentra dirigida a la armonización regional (con libre tránsito de personas, bienes, servicios y capitales, garantía de igualdad de oportunidades y condición de las inversiones, etc.), no podrán sostenerse legítimamente las preferencias sobre los créditos nacionales. Mas esta afirmación no implica desamparar al crédito y no debe confundirsela con la eliminación de cualquier forma de protección de acreedores locales.

El tratamiento de los créditos extranjeros y la cuestión de las preferencias nacionales debe analizarse, encararse, mediante reelaboración del concepto, la adopción de la calificación de “acreedor local” antes propiciada. Es decir que dicha cuestión puede quedar zanjada con la técnica legislativa de la calificación autárquica de “acreedor regional”.

Para nosotros “preferencias locales” debe ser sinónimo a “preferencias

regionales” e implica la preferencia o prioridad en el pago de todo crédito con lugar de cancelación en cualquier Estado que pertenezca al territorio del área integrada.

Efectuada esta aclaración que no consideramos en absoluto intrascendente, corresponde ahora definir, resolver si corresponde que la legislación concursal regional adopte, conserve el sistema de las “preferencias locales”.

Consideramos que sí. La preferencia del acreedor local o regional, o la postergación del crédito extranjero (extra-zona integrada) deberá mantenerse en razón de la multiplicidad de ordenamientos jurídicos que regulen respecto de la preferencia local y posterguen al acreedor regional mercosureño o que adoptando un sistema territorialista, los excluyan totalmente, a no ser claro está, que se pruebe la reciprocidad en el trato.

La preferencia de los acreedores locales (ahora “regionales”) sobre los bienes situados en el territorio, se encuentra también regulada aún en el caso de juicio único con pluralidad de masas concursales en los Tratados de Montevideo, lo que llevaría a reforzar este criterio.

El tratamiento desigual entre los acreedores locales y los extranjeros se encuentran justificadas cuando están dirigidas a prever o regular situaciones dentro del amplio ámbito internacional con una multiplicidad de soluciones imprevistas frente a la aplicación a ciegas del derecho extranjero.

En su caso la aplicación de la norma indirecta implicaría –como se sostuvo– “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 las empresas y acreedores locales (a través del ordenamiento jurídico regional) de la protección suficiente que garantice su igualdad de trato, no sólo en la letra de la ley, sino en los hechos.

El legislador comunitario europeo ha establecido que la aceptación del principio de la extraterritorialidad de la ley y del reconocimiento automático de

sentencias no implican un reconocimiento “a ciegas”. Por lo tanto no conculca con la aplicación del principio extraterritorialista el establecimiento de algunos límites, como lo sería, por ejemplo la postergación del crédito extranjero.

Pero esta afirmación podría malinterpretarse y verse como contraria al desarrollo hasta aquí efectuado si no se adoptan las calificaciones propuestas de quiebra regional, acreedor local, etc. Vale decir, las calificaciones además de constituir una técnica legislativa de suma utilidad, prestarán un servicio fundamental para evitar los malentendidos innecesarios.

Al sostenerlo, somos concientes de lo delicado del tema y la solución propuesta, ya que su consideración involucra no sólo el aspecto jurídico, sino también razones políticas y económicas.

BIENES EXCLUIDOS

Los créditos con garantías reales -prendas, hipotecas- anteriores a la fecha de cesación de pagos, deben ser excluidos de la masa concursal y tramitarse su cobro en forma individual, pero los acreedores, deberán igualmente concurrir a verificar sus créditos en el procedimiento de insolvencia ya que es la única forma en la que podrá determinarse de manera idónea si el crédito prendario o hipotecario es anterior a la fecha del estado de cesación de pagos. Por otra parte permitirá al síndico el conocimiento real del patrimonio del fallido y, de existir, permitirá la recuperación de los remanentes.

DETERMINACIÓN DEL JUEZ COMPETENTE

Dado que en el área integrada del MERCOSUR, no se cuenta con la organización de un único sistema o poder judicial, debe procederse a la armonización de la jurisdicción competente a través de normas indirectas o de conflicto. En este punto juzgamos apropiado la incorporación del criterio que otorga competencia al juez del domicilio del deudor, criterio adoptado tanto por los Tratados de Montevideo como por el Código de Antonio Sánchez de Bustamante y

Sirven, por cuanto no vemos su aceptación pueda presentar algún grado de dificultad. A tal fin resultarán de mucha utilidad las calificaciones autárquicas de domicilio precedentemente indicadas.

Ello sin perder de vista que tal como lo dijéramos oportunamente, la aceptación del principio de la universalidad de la quiebra no es óbice para la adopción de procedimientos plurales.

Por consiguiente, propiciamos:

- *Juez competente en caso de juicio único:* El procedimiento de insolvencia tramitará exclusivamente ante el juez del domicilio del comerciante o de la sociedad mercantil, aunque practiquen actos aislados en otros países o tengan agencia o representación por cuenta del establecimiento principal.

El juez del domicilio será asimismo competente para la adopción de medidas cautelares.

- *Juez competente en caso de pluralidad de juicios o procedimientos secundarios:* Si el fallido posee dos o más casas comerciales independientes en distintos territorios del área integrada, podrá solicitarse en ellos la apertura de procedimientos locales resultando competente para conocer en cada uno de ellos el juez de los respectivos domicilios.

COLABORACIÓN INTERJURISDICCIONAL

Resulta necesario el reconocimiento de las facultades del síndico y la regulación específica de sus funciones dentro de la región a los fines de dar agilidad y facilitar la tramitación tanto en el supuesto de un juicio único como ante la tramitación de juicios plurales.

Consideramos que una particularidad de la que dimos en denominar quiebra regional conlleva, radica en la necesidad de coordinar los distintos procedimientos (principal/secundarios o juicios locales).

Precisamente esta es una de las características destacables del sistema adoptado por el Reglamento 1346/2000 de la Unión Europea (UE) que con

independencia del momento en que se abra el proceso secundario, debe imperar la coordinación entre el procedimiento principal y los secundarios. A tal fin es esencial la colaboración entre los síndicos, el intercambio de información y las posibilidades de intervención en procedimientos secundarios paralelos.

Corroboramos en el sistema concursal de la UE la actuación de las sindicaturas de los procedimientos extranjeros, más allá del mencionado deber de información y colaboración, están facultados para “actuar” en el otro proceso. Posibilidad de acceso directo que también se encuentra receptada en la Ley Modelo UNCITRAL de 1.997, concretamente en los artículos 9 hasta el 12. Por otra parte, también se reconoce la actuación extraterritorial de las facultades del síndico en la orbita de los Tratados de Montevideo de Derecho Comercial Internacional.

Por ello resulta de toda conveniencia propiciar que:

La autoridad de los síndicos o administradores del procedimiento de insolvencia principal o la de sus representantes, será reconocida en todos los Estados Parte, pudiendo comparecer en juicio y ejercer las funciones y derechos que correspondan.

Es por ello que a la hora de regular la forma de dicha colaboración y comunicación deberá propugnarse a la aceptación amplia de los modernos medios de comunicación con el reconocimiento y validez de documentación electrónica, firma digital, celebración de audiencias por teleconferencia, entre otras posibilidades.

DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE

Partimos de la idea que una solución que aspire a la adopción de una ley única en el sentido dado anteriormente, no se contradice con la posibilidad de abrir procesos secundarios donde existan establecimientos independientes o bienes. Ciertamente ya hemos también esclarecido que una cuestión es la determinación

del juez competente para entender en cada procedimiento y otra es el derecho que el juez designado habrá de aplicar.

Una vez designado el juez competente y cualquiera fuera la jurisdicción estatal involucrada se deberá aplicar, someter al deudor o empresa fallida al régimen concursal regional a una única ley sustancial.

Así en el ámbito espacial en el que rige la ley única propuesta nos podemos encontrar ante tres especies de procesos falenciales que demos en denominar como:

- *Insolvencia nacional*, que quedará sometida al derecho concursal, al derecho de quiebras del Estado, a la norma interna.
- *Insolvencia regional* en la que debido a que la actividad del deudor si bien ha traspasado los límites del Estado, se desarrollan exclusivamente dentro del área integrada, y que se regirá por el derecho concursal regional, autónomamente creado para el MERCOSUR.
- *Insolvencia internacional*, donde la actividad del deudor por haber excedido los límites nacionales y regionales, deberán aplicarse para regir el proceso los acuerdos internacionales que en la materia puedan encontrarse en vigor. No obstante, ante la inexistencia de acuerdo alguno concluimos que deberá adecuarse la regulación de fuente interna de la insolvencia internacional a la regional.

Un aspecto en el que coinciden la Ley Modelo UNCITRAL y el Reglamento UE 1346/2000, es en la determinación del derecho aplicable al procedimiento de insolvencia sometiéndolo en todos los casos (procedimiento principal y secundario) a la *lex fori*. Sin embargo, corresponde resaltar la distinción que efectuamos entre ambos documentos por estar dirigidos a regular situaciones diferentes desde normas de jerarquía o fuente también diferente.

En el capítulo respectivo coincidimos con que la Ley Modelo adopte la *lex fori* para la regulación de la insolvencia en tanto que dicho marco orientador está destinado a ser adoptado como norma de fuente interna que regularía la

insolvencia internacional entre Estados que no se encuentran vinculados por tratado internacional o regional alguno. Pero contrariamente, no coincidimos con la adopción de la *lex sustancial fori* en los procesos secundarios de la insolvencia regional ya que afectaría la igualdad de trato vigente en el área no solo entre acreedores, sino también al propio deudor que quedaría sometido a distintos procedimientos.

En el recorrido realizado a través de las legislaciones de los Estados Miembros y Estados Asociados del MERCOSUR se ha observado que, más allá de las diversidades propias de cada régimen, que dependen estrictamente de la política legislativa nacional, existen asimetrías legislativas de importancia en cuanto al tratamiento de la insolvencia internacional o transfronteriza, como son la consideración de los acreedores extranjeros, las preferencias nacionales, entre otras, y principalmente en la aceptación o no de la extraterritorialidad, en la declaración universal de la quiebra; cuestiones todas ellas, de particular delicadeza que en tanto pone en juego diversos ordenamientos jurídicos, e intereses dispares, requiere de bases mínimas de armonización, de puntos de encuentro entre las diversas legislaciones. Máxime si ellas serán llamadas a su aplicación en procedimientos de insolvencia que se desarrollen y que afecten a partes de un espacio integrado, que como ya hemos señalado, impide en su tratado constitutivo la discriminación de sus ciudadanos, y establece la igualdad de oportunidades y promoción de las inversiones y la libre circulación de personas, capitales, servicios y bienes.

Pero no podemos perder de vista en nuestro análisis que en el proceso falencial, pueden estar involucrados acreedores extranjeros y acreedores locales (con créditos pagaderos en la región conforme la calificación antes efectuada) y que ello posiblemente no pueda determinarse desde el inicio del procedimiento en razón, por ejemplo, de la falta de denuncia por parte del deudor de la totalidad de sus deudas.

Entonces un concurso inicialmente puede carecer de acreedores con lugar de pago fuera del territorio nacional en un Estado Parte, pero puede tenerlo en un futuro, por ejemplo por la verificación tardía o aceptación de un crédito inicialmente impugnado, etc., y es por ello que consideramos que debe existir identidad normativa reguladora del régimen de insolvencia internacional y el de insolvencia regional, marcando la diferencia de trato –en caso de considerarse apropiado- en la calificación del crédito y la aceptación o no por ejemplo de la preferencias. No debe olvidarse que este postulado (el sometimiento del proceso al derecho sustancial) es aplicable a falta de tratado internacional en la materia, el que como ya sabemos, por tener superioridad jerárquica a la ley, la desplazaría.

El hecho de someter a distinta *lex fori concursus* los distintos procedimientos (principales y secundarios) puede provocar el sometimiento a distintos mecanismos destinados a lograr el saneamiento, el salvataje de la empresa concursada, pudiendo ello ser administraciones controladas por una junta de acreedores, la sustitución del deudor, la adquisición de la empresa por terceros, etc.; distintos mecanismos que podrían no ser reconocidos, no encontrarse regulados por la ley de otro Estado miembro. Tal situación constituye o configura un supuesto de “institución desconocida” que vislumbrara Federico Carlos de Savigny, como una de las limitadísimas excepciones para el reconocimiento y aplicación obligatoria del derecho extranjero.

Por ello, y esto nos parece de toda relevancia a tenor del tema principal de nuestra investigación, concluimos que la regulación uniforme adecuada debe contemplar además de los mecanismos tradicionalmente conocidos, aquellos que ofrezcan nuevas alternativas para el resurgimiento de la empresa en crisis, y que permitan el aprovechamiento de una unidad productiva, de la cual no solo se beneficiarán los acreedores (quienes podrán cobrarse de una unidad en funcionamiento de una mejor manera que de la liquidación de los bienes del deudor por separado), la sociedad, el propio deudor (que evita su declaración de quiebra), sino que también es beneficioso para la sociedad con el mantenimiento

de una fuente de trabajo, generadora de productos, y el Estado por la no menos delicada cuestión o materia fiscal.

Es por ello que concluimos que en las áreas integradas se debe arribar a la unificación legislativa a través de la utilización de normas directas para la regulación de temas de insolvencia de empresas, quiebras y salvataje, ya que la aplicación del derecho interno al que se arribe por el empleo de la norma de conflicto, podría conducirnos frente a una misma situación, a distintas soluciones según sea de aplicación el derecho de uno u otro Estado Parte del MERCOSUR.

La adopción de un texto único significará que cualquiera sea el Estado en donde se desarrolle el proceso, cualquiera sea el juez declarado competente éste aplicará una misma ley, ya sea que la existencia de un único domicilio comercial nos lleve a la tramitación de un proceso único o que la existencia de varias casas comerciales independientes nos posibiliten la apertura de procesos plurales o secundarios.

Regirá entonces una única ley para determinar, el orden de concurrencia de los créditos, laborales, quirografarios, las categorizaciones, la forma del cómputo de las mayorías para la obtención de los acuerdos, la posibilidad de acceder a procedimiento de salvataje, etc., a fin de que la aplicación del sistema de extraterritorialidad con juicios plurales no conduzca a soluciones desarmónicas e injustas.

En esta inteligencia concluimos que es perfectamente posible que en cada uno de los procedimientos secundarios, que comprenderá el patrimonio del deudor (bienes existentes y deudas cancelables) en un Estado donde posea un establecimiento independiente, se adopten distintos métodos de salvataje contemplados y regulados por la ley regional (administración controlada, acuerdo extrajudicial homologado, concordato, etc.). Es decir que la pluralidad de procesos implicará pluralidad de masas concursales y contará con distintos grupos de acreedores; y en cada uno de ellos se podrá decidir, optar por cualquiera de los métodos de salvataje contemplados, autorizados, regulados por la ley única.

Estimamos oportunamente que ello no altera la *“pars condictio creditorum”*, así como tampoco lo conmueve el establecimiento de diferentes categorías de acreedores, y la aprobación de diferentes propuestas para cada grupo.

No obstante la afirmación efectuada, el fracaso del procedimiento de salvataje propuesto en cualquiera de los procedimientos plurales o territoriales conducirá indefectiblemente a la quiebra del deudor. Ello así por cuanto no puede existir un proceso secundario liquidatorio basado en la situación de insolvencia o quiebra del deudor ya que ésta solo podrá ser decretada por el juez de la quiebra principal, y dicha declaración se extenderá regionalmente, y provocará la liquidación de todas las masas concursales.

Somos concientes de la trascendencia de la conclusión arribada, cuyo fundamento radica en la lógica aplicación, del imperio de la universalidad del estado de fallido y de la unidad patrimonial del deudor.

DETERMINACIÓN DE LOS RIESGOS Y RESPONSABILIDADES

Las normas de distribución de los riesgos deben enunciarse claramente a fin de garantizar que se confíe en el proceso y que todos los participantes puedan adoptar medidas apropiadas para hacer frente a sus riesgos. La transparencia está estrechamente relacionada con el objetivo de la previsibilidad.

Precisamente, para que haya transparencia es indispensable que los participantes en el proceso reciban información suficiente sobre la situación del deudor y que se dispongan incentivos para alentar a éste a dar a conocer su situación o sanciones en el caso de que no lo haga. En esta inteligencia es oportuno efectuar la calificación de la conducta del deudor durante el procedimiento, como así también de las causas que lo condujeron a la situación de falencia. Resulta conveniente asignar la responsabilidad del proceso a la entidad que administre los bienes del deudor.

Además, cuando la ley disponga el ejercicio de la discrecionalidad debe aportar orientación suficiente sobre la manera de ejercitarla.

MAXIMIZAR EL VALOR DE LOS BIENES

El régimen de insolvencia regional debe ofrecer la posibilidad de reorganización del deudor como alternativa en lugar de la liquidación. En la reorganización los acreedores no recibirán contra su voluntad menos que en una liquidación y el valor para el deudor, para la sociedad y para los acreedores aumentará al máximo al permitírsele continuar con sus actividades.

Se debe equilibrar las ventajas que ofrece el cobro a corto plazo de la deuda mediante la liquidación (que con frecuencia prefieren los acreedores privilegiados) con las que implica el hecho de mantener al deudor como empresa viable mediante la reorganización.

El logro de ese equilibrio está relacionado con los objetivos que ya no entrañan la restitución máxima para los acreedores, sino la promoción del desarrollo de una clase empresarial y la protección de las fuentes de trabajo.

Los procesos de insolvencia deben abordar y resolver en forma ordenada, rápida y eficiente con miras a evitar una perturbación indebida de los negocios y las actividades del deudor y de reducir al mínimo el costo del procedimiento.

Se deberá impedir que los acreedores desmiembren prematuramente los activos del deudor.

EL SALVATAJE

Este tema en el que hemos centrado nuestra mirada durante el desarrollo de nuestro trabajo, nos permite señalar que en lo que respecta al denominado salvataje criollo o argentino, regulado en el artículo 48 de nuestra Ley de Concursos y Quiebras, no obstante las imperfecciones o falencias, de las que la doctrina ya ha dado cuenta, propiciamos su adopción en la ley regional, claro está, con la adecuación que pensamos como necesaria al espacio integrado en el que será objeto de aplicación, como así también a las figuras societarias que pueden beneficiarse con su aplicación, entre entre otros aspectos.

Ello porque, como venimos sosteniendo, es un procedimiento eficiente para

permitir la continuidad de una actividad productiva, útil, con la conservación de las fuentes de trabajo, la contribución tributaria, etc. Lógico es recordar, siempre y cuando la empresa esté en condiciones de ser salvada, se halla presentado, evaluado y aprobado el plan de recuperación, y demás aspectos sobre los que no nos extenderemos en este ítem.

Por otra parte, el cambio de titulares que se produciría en caso de resultar adquirente un tercero, supone una mejor administración y oportunidades por parte de la nueva empresa adquirente que también puede brindar una mayor confianza en el mercado, frente a la desgastada relación existente, entre el deudor y sus acreedores, que se presentarán dudosos o desconfiados con él. Por estas mismas razones, la obtención del crédito puede resultar más fácil al nuevo adquirente que al antiguo deudor.

Sin embargo, dado que este instituto implica la transferencia de las cuotas partes o acciones del capital social a un tercero, lógico es sostener que en los procedimientos secundarios no puedan aprobarse distintos cramdowns a favor de diferentes adquirentes.

Es por ello que, consideramos que este procedimiento extremo, que se habilita cuando ya se ha fracasado en los intentos del deudor de continuar con la actividad y titularidad de la empresa, deberá tramitarse en el procedimiento de insolvencia principal y comprender la totalidad del patrimonio regional del deudor.

Sin la pretensión de reiterar conceptos que, en las conclusiones iniciales del capítulo VII efectuáramos respecto a este tema, retomaremos algunos de ellos con el objeto de poder efectuar una presentación ordenada.

Respecto a los *sujetos* que pueden acceder a este procedimiento, consideramos que no corresponde la exclusión de pequeños concursos, tanto por cuestiones constitucionales, como de necesidad práctica, discriminación que, como vimos, la doctrina calificó de “*arbitraria y carente de sentido*”.

Existen gran cantidad de pequeñas industrias de bienes, y productos relevantes, importantes en el conjunto de la economía nacional que no resultan ahora beneficiadas por el *cramdown*, y que pueden adquirir también importancia en la economía regional. Si el argumento o fundamento de su exclusión responde a los elevados costos del proceso que resultarían antieconómicos en el trámite de un pequeño concurso, consideramos que ésta sí es una de las cuestiones, decisiones, que debe dejarse, en manos de los particulares ya sea el deudor, los acreedores, o terceros interesados, quienes decidirán el interés, conveniencia y oportunidad de la continuidad de la empresa, harán sus propuestas o prestarán sus conformidades.

Hemos analizado previamente que en el derecho comparado suelen regular por leyes o procedimientos especiales las insolvencias de las pequeñas empresas, o emprendimientos rurales. Si se insiste en la exclusión de aquellas del *cramdown*, quizá deba abrirse alguna instancia o procedimiento específico que permita su salvataje. De lo contrario, las oportunidades para su adopción deben permanecer abiertas antes que propiciarse su liquidación.

Sin embargo, en lo que respecta a las personas físicas, no resulta posible la apertura del procedimiento del *cramdown* en razón de la unidad del patrimonio y su consideración como atributo de la personalidad, en tanto que a las sociedades irregulares, cabría mantener su exclusión que sí procede como una sanción en nuestro régimen.

Aquí corresponde retomar una idea inicialmente esbozada, que se deberá aplicar en todo procedimiento de *cramdown* (en el pequeño o gran concurso), y es la evaluación de que la empresa sea “saneable”, y es para ello que consideramos importante la ya referida elaboración y presentación de un plan de salvataje, en donde podrán evaluarse las reales posibilidades de salvamento de la empresa.

Para este análisis, el concepto de empresa salvable o saneable que dividió a la doctrina y a la jurisprudencia nacional, no se debe identificar con el de empresa en funcionamiento o en marcha, debe en cambio asimilarse a la idea de

un plan sustentable de empresa en actividad o bien de reactivación de una empresa con capacidad para producir bienes y servicios.

Que la empresa sea salvable significa, finalmente para nosotros que el plan propuesto logre mejorar la actividad productiva útil, con el aprovechamiento de sus marcas, patentes, valores intangibles, clientela, etc.

Respecto a la necesidad de la presentación del referido “*plan de trabajo*” o “*plan de reflotamiento*”, mucho se ha debatido al respecto y aunque alguna doctrina argentina lo consideran un requisito formal y a la postre una traba innecesaria para el proceso, vemos que el mismo es requisito en el derecho comparado.

No obstante todos los válidos cuestionamientos que puedan surgir respecto a la exigencia de un plan de salvataje, el control de su cumplimiento, las posibles modificaciones posteriores a su aprobación etc., consideramos que su presentación es, además, necesaria para la evaluación de una real intención y aptitud de continuar con la explotación de la empresa por parte del adquirente, y a su turno, su capacidad para modificar su plan de actuación adecuándolo a las nuevas circunstancias que se vayan produciendo marcarían, denotarían su aptitud para lograr la superación de las dificultades y para reflotar la actividad económica de la empresa de una manera productiva.

A través del plan de reestructuración, podremos cumplir con la finalidad del procedimiento consistente en permitir la restauración o reestructuración del negocio para evitar la desaparición de sujetos productores y generadores de bienes y servicios colectivamente útiles.

Con respecto al *control del plan*, sostenemos que corresponde a los propios acreedores, en virtud de ser quienes mayor interés poseen en que la empresa sea saneada y que el deudor respete los compromisos con ellos asumidos en el acuerdo. Según las reglas del mercado, podrán continuar con sus relaciones de negocios o suspenderlas si consideran riesgoso el cambio del plan. Ellos podrán

reclamar al empresario cualquier alteración del plan de salvataje que sea en detrimento del normal desarrollo de la actividad empresarial.

Sin embargo, y en razón de que el adquirente mantendrá la libre administración de su negocio, la modificación del plan no puede dar lugar a acción judicial alguna, a menos, claro está que se incumpla con el acuerdo. Será entonces, ese incumplimiento el que habilite al acreedor a reclamar judicialmente y no la modificación del plan.

El mantenimiento del plan propuesto o su reformulación dependerá de que se mantengan o alteren sustancialmente diversas circunstancias, que pueden depender del empresario, como por ejemplo decidir un cambio de ramo, o ser ajenos a él, como la modificación de la política económica regional o nacional, la apertura de las importaciones, cambio de política fiscal o monetaria, entre otros.

Ante la ausencia de plan, o presentación de un plan no sustentable, lo que corresponde será la liquidación.

Enfocados a determinar si es facultativo del juez el homologar la propuesta que obtuvo las conformidades en los porcentajes exigidos por la ley, consideramos que sí, en razón de la existencia de los diversos intereses involucrados, distintos de la cancelación de las deudas, tales como el mantenimiento de la fuente de trabajo, el mantenimiento de la producción de determinada industria o servicio fundamental para el desarrollo del país, etc.

¿UNA QUIMERA O UNA NECESIDAD?

Abocados entoces a resolver nuestro interrogante inicial respecto de si es posible y además necesario realizar los esfuerzos que se requieran para lograr cierto grado de armonización legislativa en materia de insolvencia transfronteriza, y en especial la regulación del salvataje, podrá desprenderse del desarrollo efectuado, que consideramos a dicha empresa más que necesaria, imprescindible para el desarrollo del área y el logro de los objetivos propuestos en el tratado fundacional. Al mismo tiempo, no constituye una tarea quimérica ni utópica, ya que

se encuentran dadas las bases legislativas para lograrlo en los tratados aún vigentes entre los Estados Miembros que sirven de valiosos antecedentes.

Eso sí, además de esfuerzo, se requiere voluntad política para lograrlo, y confiamos en que tal voluntad existe, desde que los Estados así lo han manifestado al momento su incorporación al espacio integrado.

Al efectuar la propuesta con la que cerramos nuestro trabajo somos concientes que quedan pendientes de determinación algunos aspectos de los procedimientos propuestos. Ellos, ciertamente deberán ser objeto de negociación y acuerdo entre los Estados.

Ello porque hemos preferido centrar nuestro interés tal como nos propusimos liminarmente en nuestro proyecto de investigación, en fijar, establecer aquellos criterios y principios que consideramos rectores, ejes centrales para la elaboración de un procedimiento regional de insolvencia, con especial interés en la recuperación, reestructuración y salvataje de la empresa.

CONCLUSIONES:

a. En relación con los espacios integrados y la armonización de legislaciones en las áreas pertinentes en el MERCOSUR:

- a. 1.- Los procesos de integración regional constituyen herramientas idóneas para alcanzar la inserción y el desarrollo socio - económico de los Estados, en el escenario global, especialmente los Estados en vías de desarrollo.
- a. 2.- En el fortalecimiento de dichos espacios integrados, la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en las áreas pertinentes se presenta como un elemento imprescindible.
- a. 3.- La armonización legislativa contribuye a lograr mayor seguridad jurídica, lo que le permitirá el logro de los objetivos primordiales del área.
- a. 4.- Asimismo los Estados partes del MERCOSUR deben encarar la armonización de las legislaciones en las áreas pertinentes ya que ello constituye un compromiso asumido en el Tratado de Asunción de 1.991.

- a. 5.- Para la determinación de tales áreas pertinentes deberán tenerse en cuenta los objetivos concretos que se han propuesto alcanzar los Estados a través de la creación del bloque integrado. En particular, deberá tratarse de materias, aspectos, ámbitos del derecho que resulten funcionales a los objetivos del mercado común, es decir a la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas.
- a. 6.-No obstante, la armonización legislativa es un factor necesario pero no es suficiente para el logro y la superación de los ambiciosos objetivos que se propusieron los Estados partes en el Tratado fundacional. Ello debido a que, la integración, como fenómeno, tiene diversas dimensiones, siendo la jurídica tan sólo una de ellas.
- a. 7.- Existen en la actualidad serios obstáculos para la elaboración, incorporación, puesta en vigor y eficacia de las normas MERCOSUR, ya sean éstas de derecho constitutivo o derivado. La falta de adopción de los principios del derecho comunitario, la ausencia de aplicabilidad inmediata y efecto directo de las normas emanadas de los órganos del esquema, son serios impedimentos para la consolidación del proceso de integración.
- a. 8.- Asimismo, constituyen serios obstáculos las asimetrías constitucionales en cuanto al tratamiento de las relaciones derecho interno - derecho internacional.

b. En cuanto a la insolvencia transfronteriza en general y su regulación en la República Argentina:

- b.1.- La globalización de la economía, el crecimiento incesante de los intercambios internacionales, el fenómeno de la integración regional y subregional, los profundos avances de los medios masivos de comunicación han contribuido a generar un número importante y creciente de conflictos de índole internacional, entre ellos aquellos vinculados a las denominadas insolvencias transfronterizas.

- b. 2.- Las profundas asimetrías existentes en el área, en materia de empresas en crisis, concursos y quiebras, y el salvataje de empresas, no contribuye a dar la confianza requerida por los operadores locales, internacionales y regionales; asimetrías que atentan contra la seguridad jurídica.
- b. 3.- Las respuestas jurídicas pueden provenir de fuentes internas, nacionales o de fuentes internacionales o regionales. En este sentido, el Derecho Internacional Privado, en general, y el Derecho Comercial Internacional en especial constituyen instrumentos idóneos para contribuir a la elaboración de normas adecuadas.
- b. 4.- Para la regulación del régimen internacional de insolvencia las tendencias actuales se inclinan por la adopción de tesis intermedias, conciliadoras de las diversas tradiciones legislativas, y superadoras de los sistemas puros, extremos, cuyas soluciones han resultado insatisfactorias al pretender ser puestas en práctica.
- b. 5.- Resulta imprescindible para todo Estado que pretenda insertarse en el escenario global contar con una moderna legislación interna 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.
- b. 6.- En este sentido, nuestra normativa nacional requiere una urgente adecuación a los principios internacionalmente vigentes.

c. En lo que concierne a la insolvencia transfronteriza en espacios integrados, y en particular en el MERCOSUR:

- c.1.- En relación con los espacios integrados, y en particular con el MERCOSUR, la insolvencia internacional constituye un área pertinente de armonización

legislativa en los términos del artículo 1° del Tratado de Asunción, a fin de fortalecer el funcionamiento del bloque.

- c. 2.- Las asimetrías legislativas en un área como la insolvencia transfronteriza genera (des)ventajas competitivas entre los miembros del bloque. En efecto, la ausencia de un marco normativo armonizado obstaculiza el flujo de inversiones, distorsionando el libre tráfico de bienes, servicios y capitales.
- c. 3.- Los Estados partes del MERCOSUR cuentan con legislaciones internas que presentan ciertas divergencias entre sí, y que, en líneas generales, adoptan sistemas anacrónicos, contienen vacíos normativos de importancia, y muy especialmente, no se adaptan a los objetivos prioritarios que persigue un esquema como el que integramos.
- c. 4.- A fin de cumplir con tales objetivos, no obstante las serias dificultades vinculadas al esquema institucional y normativo del bloque, resulta necesaria una reforma a nivel interno que tenga en miras bases mínimas comunes, o bien la adopción de un instrumento autónomo del bloque. Resulta conveniente la adopción en el área de un marco normativo o regulatorio apropiado, con vigencia común en los cinco países, que contemple las posibles soluciones al problema de la empresa en crisis a través del salvataje de empresas.
- c. 5.- Dicho marco normativo, si bien puede considerar algunos lineamientos de las normas internas de los Estados; debe estar especialmente diseñado, elaborado para el área integrada, en consideración a sus particularidades propias y objetivos trazados en común.
- c. 6.- El hecho de no considerar la situación de las empresas en crisis o en estado de insolvencia, y no intentar el salvataje y su recomposición económica y financiera, las llevaría a caer en concurso preventivo o estado de quiebra, lo cual no contribuye en absoluto al desarrollo económico del área integrada.

PROPUESTAS PARA UN INSTRUMENTO DEL MERCOSUR SOBRE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA QUE CONTEMPLA DISTINTOS MECANISMOS DE SALVATAJE.

Tal como ya expresáramos la armonización legislativa en el MERCOSUR es un compromiso que han asumido los Estados para facilitar la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos, mas no es un fin en sí mismo.

Los derechos estaduales se encuentran conformados por normas de fuente interna y convencional que provocan asimetrías legislativas ciertamente desfavorables para el avance, fortalecimiento, consolidación del proceso de integración en marcha.

De allí que proponemos un Protocolo con alcance regional elaborado en el seno del MERCOSUR, la adopción de un instrumento jurídico bajo la forma de un Acuerdo del MERCOSUR vale decir se sancione un tratado internacional entre los Estados miembros y asociados dedicado a la regulación de la insolvencia transfronteriza y que prevea normas específicas para el caso de reestructuración y salvataje de la empresa. De acuerdo a lo que hemos analizado en nuestro trabajo precedentemente, teniendo en cuenta la tradición legislativa de los países del área y las modernas realizaciones en la materia examinadas, el mentado instrumento jurídico internacinal a nuestro criterio debería incorporar, las siguientes bases normativas fundamentales:

Protocolo sobre insolvencia en el Mercosur

Capítulo I Disposiciones Generales

Artículo 1 - Ámbito de aplicación:

1. El presente Protocolo se aplicará a los procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor que impliquen el desapoderamiento parcial o total de este último y el nombramiento de un síndico, como así también a los procedimientos

colectivos que tengan por fin la reestructuración de la empresa, su recomposición patrimonial y cualquier mecanismo de salvataje.

2. El presente Protocolo no se aplicará a los procedimientos de insolvencia relativos a las empresas de seguros y a las entidades de crédito, ni a las empresas de inversión que presten servicios que impliquen la posesión de fondos o de valores negociables de terceros, ni a los organismos de inversión colectiva.

Artículo 2 – Definiciones:

A efectos del presente Reglamento se entenderá por:

a) *Procedimiento de insolvencia*: Todo procedimiento colectivo que tenga por finalidad tanto la recomposición patrimonial, reestructuración o salvataje de empresa, que se denominará “concurso colectivo” o “procedimiento concursal” como aquel tendiente a obtener la liquidación de los bienes del deudor, el que se denominará “quiebra”.

- *Procedimiento principal*: Se entenderá por tal al procedimiento que se siga en el Estado donde tenga su domicilio el comerciante o sociedad mercantil deudora.

- *Procedimiento territorial o secundario*: Se entenderá por tal al procedimiento que se sigue en el territorio de un Estado en donde el deudor posea un establecimiento independiente o algún tipo de representación.

- *Quiebra internacional*: Es el proceso concursal liquidatorio de un deudor que posee un patrimonio internacionalmente disperso.

- *Quiebra nacional*: Es el proceso concursal liquidatorio de un deudor que posee un patrimonio situado exclusivamente dentro de los límites del Estado.

- *Quiebra regional*: Es el proceso concursal liquidatorio de un deudor que posee un patrimonio regionalmente disperso.

b) *Acreedor nacional*: Todo acreedor titular de un crédito con lugar de pago dentro del territorio de un Estado.

- *Acreedor regional*: es el titular de un crédito pagadero en el territorio del área integrada.-

- *Acreedor local*: Es todo acreedor titular de un crédito cuyo lugar de pago en el territorio de algún Estado Parte del MERCOSUR.
- *Acreedor extranjero*: Es todo acreedor titular de un crédito con lugar de pago fuera del territorio del área integrada.
- c) *Domicilio de la persona física*: Por domicilio de la persona física se entenderá el lugar donde ésta posea su casa comercial principal, entendiéndose por tal el territorio en donde se encuentre el centro de los intereses principales del deudor. A falta de ésta, se entenderá por domicilio el lugar de su residencia habitual.
- *Domicilio de la persona jurídica*: Por domicilio de la persona jurídica se entenderá el domicilio social inscripto, existiendo la suposición –salvo prueba en contrario- de que en dicho lugar se encuentra el centro de sus intereses principales.
- *Domicilio especial*: En los supuestos que el deudor, sea una persona física o jurídica, posea establecimientos independientes en distintos Estados, se las considerará domiciliadas en dichos territorios con respecto a las operaciones que allí practique.
- *Establecimiento*: Todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes.
- d) *Síndico*: Cualquier persona u órgano cuya función consista en administrar o liquidar la masa o supervisar la gestión de los negocios del deudor.
- e) *Tribunal*: El órgano judicial, individual o colectivo, competente de un Estado miembro habilitado para abrir un procedimiento de insolvencia o para adoptar decisiones en el curso del procedimiento.
- f) *Momento de apertura del procedimiento*: El momento a partir del cual la decisión de apertura produce efectos, independientemente de que la decisión sea o no definitiva.
- g) *Estado miembro en el que se encuentre un bien*:
 - para los bienes materiales, el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre localizado físicamente el bien,

- para los bienes y derechos cuya propiedad o titularidad deba inscribirse en un registro público, el Estado miembro bajo cuya autoridad se lleve dicho registro,
- para los créditos, el Estado miembro en cuyo territorio se halla establecido el lugar de pago del crédito.

Artículo 3 - Competencia internacional:

1.a) Tendrán competencia para abrir el procedimiento de insolvencia los tribunales del Estado miembro del domicilio del deudor, entendiéndose por tal el territorio del Estado en el que se sitúe el centro de los intereses principales del deudor.

b) *Trinubal competente en caso de juicio único*: El procedimiento de insolvencia tramitará exclusivamente ante el juez del domicilio del comerciante o de la sociedad mercantil, cuando practiquen actos aislados en otros países o tengan agencia o representación por cuenta del establecimiento principal, dentro del espacio integrado.

El juez del domicilio será asimismo competente para la adopción de medidas cautelares o conservatorias.

c) *Tribunal competente en caso de pluralidad de juicios o procedimientos territoriales*: Si el fallido posee dos o más casas comerciales independientes en distintos territorios del área integrada, podrá solicitarse en ellos la apertura de procedimientos territoriales o locales resultando competente para conocer en cada uno de ellos el juez de los respectivos domicilios especiales. Los efectos de dichos procedimiento se limitarán a los bienes del deudor situados en el territorio de dicho Estado miembro.

2.- Cuando se haya abierto un procedimiento de insolvencia en aplicación del apartado 1.a) cualquier otro procedimiento de insolvencia que se abra con posterioridad en aplicación del apartado 1.c) será un procedimiento secundario considerándose aquel como el procedimiento principal, y tramitarán en forma independiente como proceso concursal o liquidatorio. Sin embargo, cuando el

procedimiento principal sea liquidatorio el procedimiento secundario deberá ser un procedimiento de liquidación.

3.- Con anterioridad a un procedimiento principal de insolvencia, un procedimiento territorial de insolvencia sólo puede abrirse a solicitud de un acreedor cuyo domicilio, residencia habitual o sede se encuentre en el Estado miembro en cuyo territorio se encuentra el establecimiento en cuestión, o cuyo crédito tenga su origen en la explotación de dicho establecimiento.

4.- *De la tramitación del juicio único:* Cuando se siga un solo procedimiento de insolvencia abierto según lo establecido en el inciso 1.b), o porque los titulares de los créditos locales no hayan hecho uso del derecho que les concede el inciso 1.c) de este artículo, todos los acreedores del fallido presentarán sus títulos y harán uso de sus derechos de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo y ante el tribunal del Estado que haya declarado la apertura del procedimiento principal.

5.- *De la tramitación del juicio local o secundario:* Los acreedores locales podrán, dentro del término de sesenta (60) días, contados a partir de la última publicación a que se refiere el artículo 21, promover de conformidad con el inciso 1.c) en el respectivo estado un nuevo juicio de insolvencia contra el deudor. En tal caso, los diversos juicios se seguirán con entera separación y podrán disponerse en ellos cualquiera de las medidas de control, administración, salvataje y reflotamiento que no implique la sustitución o quiebra del deudor.

6.- En caso de declararse la quiebra los créditos localizados en un Estado tienen preferencia con respecto a los de los otros, sobre la masa de bienes correspondientes al Estado de su localización.

Artículo 4 - Legislación aplicable:

1. Salvo disposición en contrario del presente Protocolo sus disposiciones serán aplicables al procedimiento de insolvencia, las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia y a sus efectos.

2. La existencia o validez de un crédito se regirá por la ley del Estado de su cumplimiento, la que será aplicable a los planteos de nulidad, anulación o inoponibilidad del crédito.

Artículo 5 - Contratos sobre bienes inmuebles:

Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre un contrato que otorgue un derecho de uso o de adquisición de un bien inmueble se regularán exclusivamente por la ley del Estado miembro en cuyo territorio esté situado el inmueble.

Artículo 6 - Derechos reales de terceros:

1. La apertura del procedimiento de insolvencia no afectará al derecho real de un acreedor o de un tercero sobre los bienes, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles -tanto bienes determinados como conjuntos o universalidades- que pertenezcan al deudor y que, en el momento de apertura del procedimiento, se encuentren en el territorio de otro Estado miembro.

Los créditos con garantías reales anteriores a la fecha de cesación de pagos, deben ser excluidos de la masa concursal y tramitarse su cobro en forma individual. No obstante estos acreedores, deberán igualmente concurrir a denunciar sus créditos en el procedimiento de insolvencia que corresponda.

2. Los derechos contemplados en el apartado 1 son, en particular:

- a) el derecho a realizar o hacer realizar el bien y a ser pagado con el producto o los rendimientos de dicho bien, en particular, en virtud de prenda o hipoteca;
- b) el derecho exclusivo a cobrar un crédito, en particular, el derecho garantizado por una prenda de la que sea objeto el crédito o por la cesión de dicho crédito a título de garantía;
- c) el derecho a reivindicar el bien y reclamar su restitución a cualquiera que lo posea o utilice en contra de la voluntad de su titular;
- d) el derecho real a percibir los frutos de un bien.

3. Se asimilará a un derecho real el derecho, inscripto en un registro público y oponible frente a terceros, que permita obtener un derecho real en el sentido del apartado 1.
4. Lo dispuesto en el apartado 1 no impide el ejercicio de las acciones de nulidad, anulación o inoponibilidad contempladas en el apartado 2 del artículo 4.

Artículo 7 - Efectos sobre los derechos sometidos a registro:

Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos del deudor sobre un bien inmueble, un buque o una aeronave que estén sujetos a la inscripción en un registro público se regularán de acuerdo con la ley del Estado miembro bajo cuya autoridad se lleve el registro.

Artículo 8 - Compensación:

1. La apertura del procedimiento de insolvencia no afectará al derecho de un acreedor a reclamar la compensación de su crédito con el crédito del deudor, cuando la ley aplicable al crédito del deudor insolvente permita dicha compensación.
2. Lo dispuesto en el apartado 1 no impide el ejercicio de las acciones de nulidad, anulación o inoponibilidad contempladas en el apartado 2 del artículo 4.

Artículo 9 - Reserva de propiedad:

1. La apertura de un procedimiento de insolvencia contra el comprador de un bien no afectará a los derechos del vendedor basados en una reserva de propiedad cuando dicho bien se encuentre, en el momento de apertura del procedimiento, en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado de apertura.
2. La apertura de un procedimiento de insolvencia contra el deudor de un bien después de que éste haya sido entregado no constituye una causa de resolución o de rescisión de la venta y no impedirá al comprador la adquisición de la propiedad del bien vendido cuando dicho bien se encuentre en el momento de apertura del

procedimiento en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado de apertura.

3. Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 no impide el ejercicio de las acciones de nulidad, anulación o inoponibilidad contempladas en el apartado 2 del artículo 4.

Artículo 10 - Protección de los terceros adquirentes:

Cuando el deudor, por un acto celebrado después de la apertura de un procedimiento de insolvencia, dispusiere a título oneroso de un bien inmueble, de un buque o de un aeronave sujetos a inscripción en un registro público, o de valores negociables cuya existencia suponga una inscripción en un registro determinado por ley; la validez de dicho acto se regirá por la ley del Estado en cuyo territorio se encuentre el bien inmueble, o bajo cuya autoridad se lleve el registro. Lo dispuesto no impide el ejercicio de las acciones de nulidad, anulación o inoponibilidad contempladas en el apartado 2 del artículo 4, o de acciones de simulación.

Artículo 11 - Bienes no afectados a ningún procedimiento:

Cuando exista pluralidad de procedimientos de insolvencia, los bienes de deudor situados en el territorio de otro Estado en el cual no se promueva procedimiento alguno, concurrirán a la formación del activo del procedimiento de insolvencia cuyo tribunal hubiere prevenido.

Artículo 12 - Sistemas de pago y mercados financieros:

1. Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos y obligaciones de los participantes en un sistema de pago o compensación o en un mercado financiero se regirán exclusivamente por la ley del Estado miembro aplicable a dicho sistema o mercado.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 no impedirá el ejercicio de una acción de nulidad, anulación o inoponibilidad de los pagos o de las transacciones, en virtud de la ley aplicable al sistema de pago o al mercado financiero de que se trate.

Artículo 13 - Contratos de trabajo:

Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre el contrato de trabajo y sobre la relación laboral se regularán exclusivamente por la ley del Estado miembro aplicable al contrato de trabajo.

Artículo 14 - Actos perjudiciales:

1. Se registrarán por lo establecido en el presente Protocolo, las cuestiones relativas a la nulidad, anulación, inoponibilidad o simulación de los actos perjudiciales al conjunto de los acreedores.

2. No se aplicará lo dispuesto apartado anterior cuando el que se haya beneficiado de un acto perjudicial para los intereses de los acreedores pruebe que dicho acto está sujeto a la ley de un Estado miembro distinto del Estado de apertura, y que en ese caso concreto, dicha ley no permite en ningún caso que se impugne dicho acto.

Artículo 15 - Efectos del procedimiento de insolvencia sobre procedimientos en curso:

La apertura del procedimiento de insolvencia produce la suspensión de todos los procedimientos en curso en relación con un bien o un derecho de la masa, que deberán tramitar ante el juez del procedimiento de insolvencia que corresponda. El tribunal de la insolvencia no podrá reabrir etapas procesales que se encontraran concluidas, ni revisar sentencias.

Capítulo II Reconocimiento del Procedimiento de Insolvencia

Artículo 16:

1. Toda resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia, adoptada por el tribunal competente de un Estado miembro en virtud del artículo 3, será reconocida en todos los demás Estados miembros desde el momento en que la resolución produzca efectos en el Estado de apertura.

Esta norma se aplicará también cuando el deudor, por sus circunstancias personales, no pueda ser sometido a un procedimiento de insolvencia en los demás Estados miembros.

2. El reconocimiento de un procedimiento de insolvencia abierto por el tribunal de un Estado miembro, competente en virtud del apartado 1 del artículo 3, no impedirá la apertura de otro procedimiento de insolvencia por parte del tribunal competente de otro Estado miembro en virtud del apartado 2 del artículo 3. Este otro procedimiento se considerará procedimiento secundario de insolvencia conforme al capítulo III.

Artículo 17 - Efectos del reconocimiento:

1. La resolución de apertura de un procedimiento del apartado 1.a) del artículo 3 producirá, sin ningún otro trámite, en cualquier otro Estado miembro, los efectos que le atribuya este Protocolo, en tanto y en cuanto ningún otro procedimiento de los contemplados en el apartado 2 del artículo 3 sea abierto en ese Estado miembro.

2. Los efectos de un procedimiento de insolvencia abierto por un tribunal competente en virtud del apartado 2 del artículo 3 no podrán ser recurridos en los demás Estados miembros. Cualquier limitación de los derechos de los acreedores, en particular, un aplazamiento de pago o una condonación de deuda resultante de dicho procedimiento, sólo podrá oponerse, por lo que respecta a los bienes situados en el territorio de otro Estado miembro, a los acreedores que hayan manifestado su consentimiento.

Artículo 18 - Poderes del síndico:

1. La autoridad de los síndicos o administradores designados en el procedimiento de insolvencia principal o la de sus representantes, será reconocida en todos los Estados Parte, quedando facultados para comparecer en juicio y ejercer las funciones y derechos que les acuerda el presente Protocolo. En especial se encuentran facultados para:

- a) Tomar medidas conservativas o de administración, en la medida en que no haya sido abierto ningún otro procedimiento de insolvencia o adoptada ninguna medida cautelar contraria como consecuencia de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia (local o secundario) en dicho Estado.
- b) Trasladar los bienes del deudor fuera del territorio del Estado miembro en que se encuentren, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5, 6 y 7.
- c) Hacer valer por vía judicial o extrajudicial en cualquier otro Estado miembro que un bien mueble ha sido trasladado del territorio del Estado de apertura al territorio de ese otro Estado miembro tras la apertura del procedimiento de insolvencia.
- d) Ejercitar cualquier acción revocatoria conveniente para los intereses de los acreedores.

2. No obstante lo establecido en el apartado anterior, la ejecución o realización de los bienes situados fuera de la jurisdicción del juez que entiende en el juicio, deberá ajustarse a la ley de la situación. Sus facultades no incluyen el uso de medios de apremio ni la facultad de pronunciarse sobre litigios o controversias.

Artículo 19 - Prueba del nombramiento del síndico:

El nombramiento del síndico se acreditará mediante la presentación de una copia certificada conforme al original de la decisión por la que se le nombre o por cualquier otro certificado expedido por el tribunal competente. El certificado será emitido en cualquiera de las lenguas oficiales del Mercosur y no podrá exigirse su

traducción a la lengua del Estado miembro en cuyo territorio pretenda actuar. No se exigirá ninguna tipo de legalización o formalidad análoga.

Artículo 20 - Restitución e imputación:

1. El acreedor que tras la apertura de un procedimiento del apartado 1 del artículo 3, obtenga por cualquier medio, en particular por vía ejecutiva, un pago total o parcial de su crédito sobre los bienes del deudor situados en el territorio de otro Estado miembro, deberá restituir lo que haya obtenido al síndico, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 6 respecto a los derechos reales de los terceros y 9 sobre reserva de propiedad.
2. Para garantizar la igualdad de trato de los acreedores, el acreedor que haya obtenido en un procedimiento de insolvencia un dividendo sobre su crédito, sólo participará en el reparto abierto en otro procedimiento cuando los acreedores del mismo rango o de la misma categoría hayan obtenido, en ese otro procedimiento, un dividendo equivalente.

Artículo 21 - Publicación:

La decisión por la que se abra el procedimiento de insolvencia, la del nombramiento del síndico, las medidas preventivas de seguridad y conservación que se hubieren dictado y demás actos cuya publicación esté prescrita, se publicarán por el término de tres (3) días en los Estados en donde existan agencias, sucursales o establecimiento del fallido sujetándose a las formalidades establecidas por las leyes locales.

El síndico podrá solicitar de igual modo la publicación en todo Estado miembro como así también en donde existan bienes del deudor.

Artículo 22 - Inscripción en un registro público:

El síndico podrá solicitar que la decisión por la que se abra el procedimiento previsto en el apartado 1 del artículo 3 se inscriba en el Registro de la Propiedad,

en el Registro Mercantil o en cualquier otro registro público llevado en los demás Estados miembros.

Artículo 23 - Gastos:

Los gastos ocasionados por las medidas de publicación y de registro previstas en los artículos 21 y 22 se considerarán gastos del procedimiento.

Artículo 24 - Ejecución a favor del deudor:

1. Quien ejecute en un Estado miembro una obligación a favor de un deudor sometido a un procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado miembro, cuando debería haberlo hecho a favor del síndico de este procedimiento, quedará liberado si ignoraba la apertura del procedimiento.
2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que quien haya ejecutado dicha obligación antes de las medidas de publicación previstas en el artículo 21 ignoraba la apertura del procedimiento de insolvencia; de haberla ejecutado después de las medidas de publicación, se presumirá, salvo prueba en contrario, que tenía conocimiento de la apertura del procedimiento.

Artículo 25 - Reconocimiento y carácter ejecutorio de otras resoluciones:

1. Las resoluciones relativas al desarrollo y conclusión de un procedimiento de insolvencia dictadas por el tribunal cuya resolución de apertura deba reconocerse en virtud del artículo 16, y el convenio aprobado por dicho tribunal se reconocerán sin otros procedimientos. Tales resoluciones se ejecutarán con arreglo a las disposiciones de este Protocolo.
2. Esta disposición se aplicará asimismo a las resoluciones, incluso las dictadas por otro órgano jurisdiccional, que se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con éste.

3. Lo dispuesto en el párrafo primero se aplicará asimismo a las resoluciones relativas a las medidas cautelares adoptadas después de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia.

Artículo 26 - Orden público:

Todo Estado miembro podrá negarse a reconocer los efectos de un procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado miembro o a ejecutar una resolución dictada en el marco de dicho procedimiento cuando dicho reconocimiento o dicha ejecución pueda producir efectos claramente contrarios al orden público de dicho Estado, en especial a sus principios fundamentales o a los derechos y a las libertades individuales garantizados por su Constitución.

Capítulo III Procedimientos Secundarios de Insolvencia

Artículo 27 – Apertura:

El procedimiento de insolvencia abierto en virtud del apartado 1 del artículo 3 por un tribunal competente de un Estado miembro reconocido en otro Estado miembro (procedimiento principal), permitirá abrir en ese otro Estado miembro en el que un tribunal fuera competente en virtud del apartado 2 del artículo 3 un procedimiento secundario de insolvencia sin que sea examinada en dicho Estado la insolvencia del deudor. Sus efectos se limitarán a los bienes del deudor situados en el territorio de dicho Estado miembro.

En dicho procedimiento el deudor, el síndico del procedimiento principal o los acreedores nacionales podrán, dentro del término de sesenta (60) días, contados a partir de la última publicación de edictos a que se refiere el artículo 21, promover en el respectivo Estado un nuevo procedimiento de insolvencia contra el deudor si no procediese la declaración de quiebra. En tal caso, los diversos procedimientos seguirán con entera separación para todo lo concerniente a la celebración de concordatos preventivos, u otras instituciones análogas, designación de administraciones controladas, etc. Todo ello sin perjuicio del cumplimiento de las

medidas preventivas y de seguridad a que se refiere el artículo 18.1.a), de lo dispuesto en el artículo 39 y de las oposiciones que puedan formular los síndicos o representantes de la masa de acreedores de los otros juicios.

Artículo 28 - Anticipo de gastos y costas:

El tribunal que conozca de la solicitud de apertura de un procedimiento secundario podrá exigir al solicitante un anticipo de gastos o una fianza adecuada para cubrir, total o parcialmente, los gastos y costas del procedimiento.

Artículo 29 - Obligaciones de información y cooperación:

1. Sin perjuicio de las normas que limitan la comunicación de información, el síndico del procedimiento principal y los síndicos de los procedimientos secundarios están obligados por un deber de información recíproca. Deberán comunicar sin demora toda información que pueda resultar útil para el otro procedimiento, en especial el estado de la presentación y verificación de los créditos, la situación patrimonial del deudor y cualquier modificación en el estado o condición de alguno de los bienes, y las medidas destinadas a poner término al procedimiento.
2. Sin perjuicio de las normas aplicables a cada uno de los procedimientos, el síndico del procedimiento principal y los síndicos de los procedimientos secundarios estarán sometidos a un deber de cooperación recíproca.
3. El síndico del procedimiento secundario deberá permitir al síndico del procedimiento principal, con tiempo suficiente, que presente propuestas relativas a la liquidación o a cualquier otra utilización de los activos del procedimiento secundario.

Artículo 30 - De las comunicaciones entre tribunales:

Las comunicaciones entre un Tribunal a otro podrán efectuarse de las siguientes maneras:

- a) Por medio de envío o transmisión de copias de órdenes formales, sentencias, dictámenes o razones de las decisiones, ratificaciones, transcripciones de procedimiento u otros documentos, en forma escrita o por medios electrónicos; previo aviso a las partes afectadas, en la forma que el Tribunal considere apropiado.
- b) Ordenando a los abogados o al administrador del procedimiento territorial de insolvencia, que transmita o entregue copias de documentos, alegatos, declaraciones juradas, exposiciones de hechos, escritos u otros documentos que formen o vayan a formar parte del expediente de un tribunal a otro, en la forma que fuere apropiada y previo aviso a las partes afectadas.
- c) Participando en comunicaciones bilaterales entre tribunales en forma de teleconferencia, con o sin video, o por otros medios electrónicos. En estos casos, todas las partes afectadas deberán tener derecho a participar personalmente, por sí o a través de representante, durante la comunicación, debiendo ser notificadas con anticipación. La comunicación deberá ser grabada y se podrá transcribir considerándose a la misma como transcripción oficial de la comunicación. Copias de cualquier grabación, transcripción oficial preparada deberá formar parte del expediente de los procedimientos y estar disponibles para las partes en ambos Tribunales, sujeto a las instrucciones de confidencialidad que los Tribunales consideren apropiados.
- d) Los magistrados como así también el resto del personal de cada Tribunal podrán comunicarse libremente el uno con el otro, para efectuar los arreglos necesarios para la comunicación sin necesidad de que participen los abogados, salvo que cualquiera de los Tribunales ordenase algo diferente.

Artículo 31 - De las comunicaciones entre el Tribunal y un Representante del Tribunal extranjero o un Administrador de Insolvencia extranjero:

1. Las comunicaciones entre el Tribunal y un representante autorizado del Tribunal regional o un administrador de Insolvencia regional, podrán efectuarse por

teleconferencia, con o sin video o por otros medios electrónicos siendo que en esos casos:

a) Todas las partes deberán ser notificadas de dicha comunicación, la que deberá ser grabada y se podrá transcribir pudiendo considerarse ésta como la transcripción oficial de la comunicación.

b) Copias de cualquier grabación de comunicación, transcripción preparada conforme las instrucciones del Tribunal o transcripción oficial deberán formar parte del expediente de los procedimientos y estar disponibles al otro Tribunal y a los abogados de las partes en ambos Tribunales, sujeto a las instrucciones de confidencialidad que el Tribunal considere apropiadas.

c) Además de los jueces, todo el personal del Tribunal podrá comunicarse libremente con el representante autorizado del Tribunal regional o el administrador de insolvencia regional para efectuar los arreglos necesarios para dicha comunicación, sin necesidad de que participen los abogados, salvo disposición en contrario.

2. El Tribunal reconocerá y aceptará como auténticas las disposiciones de las leyes, los reglamentos estatutarios o administrativos y las normas procesales de aplicación general sobre los procedimientos de la otra jurisdicción, sin que sea necesario ofrecer pruebas adicionales ni certificar copias de éstas.

Artículo 32 - De las notificaciones a las partes:

El Tribunal competente de todo procedimiento principal o secundario deberá confeccionar una Lista de Notificación Judicial que debe incluir las partes con derecho a recibir notificaciones judiciales de los procedimientos ante el Tribunal de la otra jurisdicción que busca coordinar, pudiendo ordenarse que todas las notificaciones, solicitudes, mociones y otros materiales entregados sean proporcionados y notificados poniéndolos a disposición por vía electrónica en un sistema de acceso público, o por medio de fax, correo certificado o registrado, o

por medio de entrega por servicio de mensajeros o en cualquier otra forma que determine el Tribunal.

Artículo 33 - Ejercicio de los derechos de los acreedores:

1. Todo acreedor podrá presentar su crédito en el procedimiento principal y en todo procedimiento secundario.
2. Los síndicos del procedimiento principal y de los procedimientos secundarios presentarán en otros procedimientos los créditos ya presentados en el procedimiento para el que se les haya nombrado, en la medida en que sea útil para los acreedores cuyos intereses representen y sin perjuicio del derecho de estos últimos a oponerse a ello y a retirar su presentación.
3. El síndico de un procedimiento principal o secundario estará habilitado para participar en otro procedimiento en las mismas condiciones que cualquier acreedor, en particular formando parte de una junta de acreedores.

Artículo 34 - Suspensión de la liquidación:

1. El tribunal que haya abierto el procedimiento secundario suspenderá total o parcialmente las operaciones de liquidación a petición del síndico del procedimiento principal, sin perjuicio de la facultad del tribunal de exigir en tal caso al síndico del procedimiento principal cualquier medida adecuada para garantizar los intereses de los acreedores del procedimiento secundario y de determinados grupos de acreedores. La petición del síndico del procedimiento principal únicamente podrá ser rechazada si, manifiestamente, no tiene interés para el procedimiento principal. Dicha suspensión de la liquidación podrá ser ordenada por un período máximo de tres (3) meses. Podrá prolongarse o renovarse por períodos de la misma duración.
2. El tribunal contemplado en el apartado 1 pondrá fin a la suspensión de las operaciones de liquidación:
 - a petición del síndico del procedimiento principal,

- de oficio, a petición de un acreedor o a petición del síndico del procedimiento secundario cuando dicha medida no parezca ya justificada, en particular, por el interés de los acreedores del procedimiento principal o del procedimiento secundario.

Artículo 35 - Terminación del procedimiento secundario de insolvencia:

1. Cuando sea posible concluir sin liquidación el procedimiento secundario mediante un plan de recuperación, un convenio o una medida similar, dicha medida podrá también ser propuesta por el síndico del procedimiento principal.

La terminación del procedimiento secundario mediante una medida contemplada en el párrafo primero sólo pasará a ser definitiva si cuenta con la conformidad del síndico del procedimiento principal, o, en ausencia de conformidad de éste, cuando la medida propuesta no afecte a los intereses financieros de los acreedores del procedimiento principal.

2. Las limitaciones de los derechos de los acreedores, tales como un aplazamiento de pagos o una condonación de la deuda, derivadas de una medida de las que se contemplan en el apartado 1 propuesta en un procedimiento secundario, sólo podrán producir efectos con respecto a los bienes del deudor que no formen parte de dicho procedimiento si hay conformidad de todos los acreedores interesados del procedimiento secundario.

3. Durante la suspensión de las operaciones de liquidación ordenada en virtud del artículo 34, solamente el síndico del procedimiento principal, o el deudor con su consentimiento, podrá proponer una medida de las que se contemplan en el apartado 1 del presente artículo en el procedimiento secundario; no se podrá someter a votación ni aprobar ninguna otra propuesta de medida similar.

Artículo 36 - Excedente del activo del procedimiento secundario:

Si la liquidación de activos del procedimiento secundario permitiere satisfacer todos los créditos admitidos en dicho procedimiento, el síndico designado en dicho

procedimiento deberá de inmediato informar dicha circunstancia y poner a disposición el remanente en todos los procedimientos abiertos respecto del deudor.

El síndico remitirá de inmediato el excedente del activo al procedimiento que primero lo solicite, en caso de solicitudes simultáneas, al síndico del procedimiento principal, y en el supuesto que las solicitudes simultáneas lo fueran de procedimientos secundarios, se remitirá el remanente a procedimiento de insolvencia que denunciara un pasivo mayor.

Artículo 37- Apertura posterior del procedimiento principal:

Cuando se abra un procedimiento del apartado 1 del artículo 3 después de que se haya abierto otro procedimiento del apartado 2 del artículo 3 en otro Estado miembro se aplicarán los artículos 33 a 36 al procedimiento abierto en primer lugar, en la medida en que la situación de dicho procedimiento lo permita.

Artículo 38 - Conversión del procedimiento anterior:

El síndico del procedimiento principal podrá pedir la conversión de un procedimiento concursal, abierto anteriormente en otro Estado miembro, en un procedimiento de liquidación, si ello resulta útil para los intereses de los acreedores del procedimiento principal.

Artículo 39 - Medidas cautelares:

Cuando el tribunal de un Estado miembro, competente en virtud del apartado 1 del artículo 3, nombrare a un síndico provisional con el fin de asegurar la conservación de los bienes del deudor, dicho síndico provisional estará habilitado para solicitar cualquier medida de conservación o protección sobre los bienes del deudor situados en otro Estado miembro, para el período comprendido entre la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la resolución de apertura.

Capítulo IV

Información a los acreedores y presentación de sus créditos

Artículo 40 - Derecho a presentar los créditos:

Los acreedores que tengan su residencia habitual, su domicilio o su sede en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya abierto el procedimiento, incluidos las autoridades fiscales y los organismos de la seguridad social de los Estados miembros, tendrán derecho a presentar sus créditos por escrito en el procedimiento de insolvencia.

Artículo 41 - Obligación de informar a los acreedores:

1. Desde el momento en el que se efectúe la apertura de un procedimiento de insolvencia en un Estado miembro, el tribunal competente de dicho Estado o el síndico que haya sido nombrado por el mismo informará sin demora a los acreedores conocidos que tengan su residencia habitual, su domicilio o su sede en los demás Estados miembros.
2. Esta información, garantizada mediante el envío individualizado de una nota, se referirá, en especial, a los plazos que deberán respetarse, a las sanciones previstas en relación con dichos plazos, al órgano o autoridad habilitada para recibir la presentación de los créditos, y otras medidas prescritas. Dicha nota indicará asimismo si los acreedores cuyo crédito estuviere garantizado por un privilegio o por una garantía real deben presentar su crédito.
3. Se deberá informar la obligación de constituir un domicilio electrónico a los fines de lo establecido en el artículo 32.

Artículo 42 - Contenido de la presentación de un crédito:

El acreedor enviará una copia de los justificantes que obren en su poder, e indicará la naturaleza del crédito, la fecha de su nacimiento y su importe; también indicará si reivindica para el crédito un carácter privilegiado, una garantía real o

una reserva del derecho de propiedad, y cuáles son los bienes a que se refiere la garantía que invoca.

Artículo 43 – Lenguas:

1. La información prevista en el artículo 41 se dará en la lengua oficial del Estado en que se haya abierto el procedimiento de insolvencia. No obstante, para ello se utilizará un impreso en cuyo encabezamiento podrán leerse, en todas las lenguas oficiales del Mercosur los términos "Convocatoria para la presentación de créditos. Plazos aplicables".

2. Todo acreedor que tenga su residencia habitual, su domicilio o su sede en un Estado miembro distinto de aquel en que se haya abierto el procedimiento de insolvencia podrá presentar su crédito en cualquiera de las lenguas oficiales del Mercosur. En tal caso, la presentación de su crédito deberá sin embargo llevar el encabezamiento "Presentación de crédito" en la lengua oficial del Estado en que se haya abierto el procedimiento. En ningún caso se podrá exigir una traducción en la lengua oficial del Estado de apertura.

Capítulo V

De los mecanismos de reflotamiento y salvataje.

Artículo 44: Del acuerdo preventivo extrajudicial:

1. A antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, podrá pactarse entre el deudor y los acreedores un convenio extrajudicial para solucionar sus obligaciones, con tal que se observen las siguientes reglas:

- a) Que el deudor haga una exposición del estado de sus negocios, conforme a su balance, si debiere llevar contabilidad, y conforme al inventario valorado de su activo, y pasivo, si no debiere.
- b) Que en el acta de convenio se deje testimonio de haberse dado cumplimiento al requisito exigido en el número anterior, y
- c) Que un ejemplar del convenio y del balance o inventario suscrito por el deudor y sus acreedores sea protocolizado en la notaría del domicilio del deudor.

2. *Del contenido del convenio:* Los convenios extrajudiciales podrán versar sobre:

- a) La condonación de parte de sus deudas.
- b) La ampliación del plazo de sus obligaciones.
- c) La refinanciación del pago de sus obligaciones.
- d) Cualquier otro acto que tenga relación con el pago de las obligaciones y la liquidación de los bienes de la empresa, así como el pago de los gastos y honorarios que ésta demande, etc.

3. *Intervención:* En el convenio podrá acordarse, que el deudor quede sujeto a intervención, y designarse para desempeñar este cargo a uno de los síndicos que formen parte de la nómina nacional de síndicos, o a otra persona, debiendo asimismo pactar su remuneración entre los firmantes del acuerdo y el interventor.

4. *De los acreedores omitidos:* El acreedor que hubiere sido omitido en el convenio extrajudicial podrá aceptarlo y exigir que se cumpla también a su favor o, por el contrario ejercitar las demás acciones que le correspondan, como si el convenio no existiere.

5. *Nulidad del convenio:* Cualquiera de los acreedores podrá solicitar que se declare nulo el convenio probando que es falso o incompleto el balance o el inventario que le sirvió de antecedente, o bien, que se han supuesto deudas en el pasivo o que se han supuesto u ocultado bienes en el activo, tramitando el juicio correspondiente con arreglo al procedimiento sumario.

6. *Revocación del convenio:* a) Si el acuerdo es adoptado dentro de los seis meses anteriores a la apertura del procedimiento, puede ser revocado a pedido del administrador de la insolvencia, o del comité de acreedores.

b) Las percepciones que un trabajador ha recibido antes de la apertura del procedimiento de insolvencia por efecto del acuerdo no pueden ser reclamadas en base a la revocación del plan, pero deberán ser deducidas de lo que les correspondiere en la adopción de un nuevo acuerdo, o de arribarse a la liquidación.

Artículo 45 - De la administración controlada:

1. Con el objeto de sanear la empresa, el Tribunal podrá disponer una administración controlada a pedido del deudor, de un acreedor sin importar si su crédito es exigible o no; o bien conjuntamente el deudor y uno o más acreedores.
2. Efectos: La apertura del procedimiento tendrá por efecto la prohibición de iniciar nuevas ejecuciones y la continuación de las acciones tendentes a obtener la restitución de bienes comprendidos en contratos de arrendamiento, o de reserva de dominio o para ejecutar cargas o seguridades sobre bienes de la empresa.
3. Facultades y deberes del administrador: El administrador está facultado para realizar todos los actos de administración de la empresa y de sus bienes, llevar a cabo todas aquellas operaciones necesarias para mantener la regular actividad de la empresa. Debe solicitar autorización judicial para la realización de los actos de disposición de los bienes.

El administrador designado deberá, dentro del plazo de noventa (90) días establecer una serie de propuestas dirigidas a posibilitar la continuación de la actividad reemplazando al deudor en su gestión.

El plan podrá consistir en:

- a) La condonación de parte de sus deudas.
- b) La ampliación del plazo de sus obligaciones.
- c) La refinanciación del pago de sus obligaciones.
- d) La aportar nuevos medios financieros.
- e) La venta de determinados bienes de la empresa.
- f) Cualquier otro acto que tenga relación con el pago de las obligaciones.

El plan propuesto por el administrador deberá ser notificado a los acreedores, al deudor, a los socios de la empresa si los hubiera y de corresponder, una copia será enviada al Registro Mercantil. Se aprueba la propuesta cuando se consiga el voto favorable de la mayoría de los acreedores que representen la mayoría de los créditos. Los acreedores pueden designar una comisión de vigilancia de las tareas del administrador.

4. La administración controlada concluirá cuando:

- a) El administrador comunique al juez que considera asegurada la recuperación patrimonial de la explotación o empresa;
- b) A juicio del administrador no sea posible la recuperación de la explotación comercial o empresa sometida a este procedimiento, y ello sea comunicado al juez interviniente;
- c) Los acreedores rechacen la propuesta formulada por el administrador;
- d) El administrador haga saber al juez que la realización de la empresa en este procedimiento no es más ventajosa que mediante el régimen normal de liquidación de empresas.
- e) El deudor demuestre estar con capacidad y en disposición de satisfacer regularmente sus obligaciones, en cuyo caso podrá solicitar al Tribunal, la cesación del procedimiento, aún antes del término del plazo establecido de administración controlada.
- f) Al término de la administración controlada la empresa no está en condiciones de cumplir regularmente sus obligaciones, en este supuesto el administrador en su informe solicitará al Tribunal la declaración de quiebra, quedando a salvo la posibilidad del deudor de proponer el convenio preventivo judicial o concordato.

Artículo 46 - De la Recuperación Judicial:

1. El proceso de recuperación judicial podrá ser abierto únicamente a instancias del deudor y quedarán sometidos a él todos los créditos existentes a la fecha de la solicitud. Los acreedores del deudor en recuperación judicial conservan sus derechos y privilegios contra los co-obligados y fiadores.

El deudor no puede desistir del pedido de recuperación judicial una vez iniciado su proceso, salvo que obtuviese la aprobación en Asamblea de Acreedores.

2. Plan de Recuperación: El deudor debe presentar un plan de recuperación judicial, que recibirá objeciones e impugnaciones de los acreedores por un plazo de sesenta (60) días. El plan deberá contener la discriminación pormenorizada de

los medios de recuperación a ser empleados, la demostración de su viabilidad económica, y un dictamen económico-financiero con la valuación de los bienes y activos del deudor suscripto por un profesional legalmente habilitado o empresa especializada.

El plan podrá prever los siguientes medios de recuperación judicial:

- a) Concesión de plazos y condiciones especiales para el pago de las obligaciones vencidas o a vencer,
- b) Alteración del control societario,
- c) Cesión, incorporación, fusión o transformación de la sociedad, constitución de subsidiaria, cesión de cuotas o acciones,
- d) Sustitución total o parcial de los administradores del deudor o modificación de sus órganos administrativos,
- e) Concesión a los acreedores de derecho de elección en la separación de los administradores y poder de veto,
- f) Aumento del capital social,
- g) Emisión de valores mobiliarios,
- h) Traspaso o arrendamiento del establecimiento, incluso a una sociedad constituida por los propios empleados,
- i) Reducción salarial, compensación de horarios y reducción de la jornada mediante acuerdo o convención colectiva,
- j) Constitución de sociedades de acreedores,
- k) Venta parcial de los bienes,
- l) Usufructo de la empresa,
- m) Constitución de una sociedad con el propósito específico de adjudicar los activos del deudor y pagar los créditos.

En caso de un procedimiento abierto por aplicación del artículo 3.1.c), el procedimiento de recuperación no consistir en ninguno de los medios enunciados en los apartados b), c), f), g), h) y m) del presente.

Artículo 47 - Exclusiones:

El plan de recuperación judicial no se aplica a los créditos tributarios, a los derivados de la legislación del trabajo, de accidentes de trabajo y a los acreedores propietarios fiduciarios de bienes muebles e inmuebles.

Artículo 48 – De la mediana y pequeña empresa:

El plan de recuperación de la mediana y pequeña empresa comprenderá solo los créditos quirografarios que podrán ser pagados hasta en treinta y seis (36) meses, debiendo efectuarse el primer pago en un plazo máximo de ciento ochenta (180) días, contados desde el pedido de recuperación judicial.

Artículo 49 - Finalización del proceso de recuperación:

1. El deudor estará sujeto a recuperación judicial hasta que se cumplan todas las obligaciones establecidas, previstas en el plan que vencieran a los dos (2) años.
2. En el proceso de recuperación finalizará cuando:
 - a) Fuera decidido por la Asamblea General de Acreedores.
 - b) No hubiera presentado el plan de recuperación.
 - c) Incumpla cualquiera de las obligaciones asumidas en el plan.
 - d) Se hubiera cumplido con el plan de conformidad con el apartado 1. del presente artículo.
3. Concluido el proceso de recuperación por algunas de las causales de los puntos a), b), y c), se decretará la quiebra, a menos que corresponda proceder de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.

Artículo 50 - De la reestructuración:

Tribunal competente: Será competente para entender en el proceso de reestructuración y salvataje el tribunal del domicilio del deudor, y tramitará como proceso único establecido en el artículo 3.1.b) del presente Protocolo, debiendo a tales efectos cursarse las notificaciones pertinentes a los tribunales que tuvieren

competencia conforme el artículo 3.1.c) quienes deberán de inmediato remitir las actuaciones y poner a disposición del tribunal los bienes comprendidos en el procedimiento secundario a su cargo.

Dichas medidas serán notificadas en un plazo no superior a los dos (2) días a todas las partes interesadas en el proceso secundario.

Artículo 51 - Del procedimiento:

Sujetos: En el caso de sociedades, con exclusión de las sociedades encomanditas, de capital e industria, las constituidas irregularmente y las excluidas por leyes especiales, cualquiera fuere el procedimiento de insolvencia abierto según lo establecido en el artículo 3 de este Protocolo, o vencido el plazo de exclusividad sin que el deudor hubiera obtenido las conformidades previstas para el acuerdo preventivo, aprobación de un plan de recuperación, u otro mecanismo de regularización de su situación financiera, no se declarará la quiebra, sino que:

1. *Apertura de un registro:* Dentro de los dos (2) días el juez dispondrá la apertura de un registro en el expediente para que dentro del plazo de quince (15) días se inscriban los acreedores y terceros interesados en la adquisición de las acciones o cuotas representativas del capital social de la concursada, a efecto de formular propuesta de acuerdo preventivo. Al disponer la apertura del registro el juez determinará un importe para afrontar el pago de los edictos. Al inscribirse en el registro, dicho importe deberá ser depositado por los interesados en formular propuestas de acuerdo.

Si el tribunal competente lo fuera en virtud de lo normado por el artículo 3.1.c), deberá remitir de inmediato las actuaciones al tribunal que corresponda de conformidad a lo establecido por el artículo 3.1.a)., y notificar tal medida, en un plazo no mayor a dos (2) días a todas las partes involucradas.

2. *Inexistencia de inscriptos:* Si transcurrido el plazo de quince (15) días desde la apertura del registro, no hubiera ningún inscripto, el juez declarará la quiebra.

3. *Valuación de las cuotas o acciones sociales:* Si hubiera inscritos en el registro previsto en el primer inciso de este artículo, el juez designará un evaluador quien deberá aceptar el cargo ante el actuario. La valuación deberá presentarse en el expediente dentro de los treinta (30) días siguientes. La valuación establecerá el real valor de mercado, a cuyo efecto, y sin perjuicio de otros elementos que se consideren apropiados, ponderará:

- Los informes de síndicos y administradores sin que esto resulte vinculante para el evaluador.
- Altas, bajas y modificaciones sustanciales de los activos;
- Incidencia de los pasivos postconcursoales.

La valuación puede ser observada en el plazo de cinco (5) días, y el tribunal decidirá dentro de los dos (2) días sin que ello dé lugar a sustanciación alguna. Teniendo en cuenta la valuación, sus eventuales observaciones, y un pasivo adicional estimado para gastos del concurso equivalente al cuatro por ciento del activo, el juez fijará el valor de las cuotas o acciones representativas del capital social de la concursada. La resolución judicial es inapelable.

4. *Verificación de créditos:* Podrán participar en el proceso todos los acreedores que hubieren verificado sus créditos y los considerados admisibles en los procedimientos abiertos de conformidad con el artículo 3.1.c) sin que el tribunal pueda revisar dichas decisiones.

5. *Negociación y presentación de propuestas de acuerdo preventivo:* Si dentro del plazo previsto en el inciso 1) se inscribieran interesados, éstos quedarán habilitados para presentar propuestas de acuerdo a los acreedores, a cuyo efecto podrán mantener o modificar la clasificación del período de exclusividad. El deudor recobra la posibilidad de procurar adhesiones a su anterior propuesta o a las nuevas que formulase, en los mismos plazos y compitiendo sin ninguna preferencia con el resto de los interesados oferentes. Todos los interesados, incluido el deudor, tienen como plazo máximo para obtener las necesarias conformidades de los acreedores el de treinta (30) días posteriores a la fijación

judicial del valor de las cuotas o acciones representativas del capital social de la concursada. Los acreedores verificados y declarados admisibles podrán otorgar conformidad a la propuesta de más de un interesado y/o a la del deudor. Rigen iguales mayorías y requisitos de forma que para el acuerdo preventivo del período de exclusividad.

6. *Audiencia informativa*: Con cinco (5) días antes del vencimiento del plazo para presentar propuestas, se llevará a cabo una audiencia informativa, cuya fecha, hora y lugar de realización serán fijados por el juez al dictar la resolución que fija el valor de las cuotas o acciones representativas del capital social de la concursada. La audiencia informativa constituye la última oportunidad para exteriorizar la propuesta de acuerdo a los acreedores, la que no podrá modificarse a partir de entonces.

7. *Comunicación de la existencia de conformidades suficientes*: Quien hubiera obteniendo las conformidades suficientes para la aprobación del acuerdo, debe hacerlo saber en el expediente antes del vencimiento del plazo legal previsto en el inciso 5.

El tribunal dispondrá de un plazo de diez (10) días para evaluar las propuestas y aprobar aquella que resulte más conveniente para lo que deberá tener en cuenta la situación de los créditos laborales y los del sistema social. No se evaluarán aquellas propuestas que no incluyan un plan de reestructuración con expresa indicación de las medidas que se dispondrán para la superación de la insolvencia. Si la propuesta aprobada fuera la del deudor, se aplican las reglas previstas para el acuerdo preventivo obtenido en el período de exclusividad. Si resultare aprobada la propuesta de un tercero, se procederá de acuerdo al inciso 8.

8. *Acuerdo obtenido por un tercero*: Si el primero en obtener y comunicar las conformidades de los acreedores fuera un tercero:

a) Cuando como resultado de la valuación el juez hubiera determinado la inexistencia de valor positivo de las cuotas o acciones representativas del capital social, el tercero adquiere el derecho a que se le transfiera la titularidad de ellas

junto con la homologación del acuerdo y sin otro trámite, pago o exigencia adicionales.

b) En caso de valuación positiva de las cuotas o acciones representativas del capital social, el importe judicialmente determinado se reducirá en la misma proporción en que el juez estime -previo dictamen del evaluador- que se reduce el pasivo quirografario a valor presente y como consecuencia del acuerdo alcanzado por el tercero. A fin de determinar el referido valor presente, se tomará en consideración la tasa de interés contractual de los créditos, la tasa de interés vigente en el mercado regional y en el mercado internacional si correspondiera, y la posición relativa de riesgo de la empresa concursada teniendo en cuenta su situación específica. La estimación judicial resultare es irrecurrible.

Una vez determinado judicialmente el valor indicado en el precedente párrafo, el tercero puede:

- Manifestar que pagará el importe respectivo a los socios, depositando en esa oportunidad el veinticinco (25) por ciento con carácter de garantía y a cuenta del saldo que deberá efectivizar mediante el depósito judicial, dentro de los diez (10) días posteriores a la homologación judicial del acuerdo, oportunidad esta en la cual se practicará la transferencia definitiva de la titularidad del capital social; o,
- Dentro de los veinte (20) días siguientes acordar la adquisición de la participación societaria por un valor inferior al determinado por el juez, a cuyo efecto deberá obtener la conformidad de socios o accionistas que representen las dos terceras parte del capital social de la concursada. Obtenidas esas conformidades el tercero deberá comunicarlo al juzgado y, en su caso, efectuar depósito judicial y/o ulterior pago del saldo que pudiera resultar, de la manera y en las oportunidades indicadas en el precedente párrafo, cumplido lo cual adquirirá definitivamente la titularidad de la totalidad del capital social.

9. *Quiebra*: Cuando en esta etapa no se obtuviera acuerdo preventivo, por tercero o por el deudor, o el acuerdo no fuese judicialmente homologado, el juez deberá la quiebra sin más trámite.

Artículo 52 - Imposición del plan:

1. En cualquiera de los supuestos en que el deudor o el administrador se encuentren facultados para la presentación de un plan o propuesta a los acreedores, y en caso que ninguna de ellas hubiere alcanzado las mayorías, el tribunal posee la facultad de considerar otorgada la aceptación de un grupo de acreedores cuando:

- a) La mayoría de los grupos autorizados a votar el plan, lo hayan hecho;
- b) Los acreedores del grupo disidente no sean colocados por el plan de insolvencia, en peor situación que la que a ellos les correspondería sin el mismo; y
- c) No sean partícipes con una cuantía económica “razonable”, respecto de la que a causa de los principios del plan deba favorecer a los otros grupos.

2. A los fines del inciso anterior, constituye una cuantía económicamente razonable cuando:

- a) Ningún otro acreedor debe obtener valores económicos que sobrepasen la pretensión de los acreedores del grupo, al cual se impone el plan.
- b) Ningún acreedor que sin el plan deba satisfacerse con subordinación, ni el deudor ni otro sujeto obtiene valor económico alguno.
- c) Ningún acreedor que sin el plan deba satisfacerse con igual rango obtiene mejor situación que esos acreedores.

3. a) Cuando la propuesta hubiere sido presentada por el administrador de la insolvencia, el deudor deberá prestar su conformidad al mismo. Dicha conformidad se presume cuando el deudor no impugna el plan.

b) Cuando el deudor no hubiere dado su conformidad, el tribunal podrá considerar otorgada la aceptación a condición de no colocarlo en una situación más desfavorable de la que se encontraría sin el mismo.

Artículo 53 - De las facultades de homologación:

Cuando el plan huubiere obtenido las conformidades de los acreedores y la

aceptación del deudor, se someterá a la aprobación del tribunal, quien debe oír al administrador, a la comisión de acreedores -si está constituida-, y al deudor.

Artículo 54 – De la clausura del procedimiento y control del plan:

1. Homologado el plan, se decretará la clausura del procedimiento, disponiéndose la finalización de las funciones del administrador de la insolvencia y la comisión de acreedores.
2. El deudor recupera el derecho a la libre administración y disposición de los bienes.
3. No obstante lo establecido en los apartados 1 y 2, permanecerán en sus funciones el administrador de la insolvencia, la comisión de acreedores, y la supervisión del juzgado, si estuvieran previstas en la parte organizativa del plan.
4. En todo caso se decreta el levantamiento de la vigilancia cuando desde la clausura del procedimiento de insolvencia transcurrieron tres (3) años sin petición de apertura de un nuevo procedimiento de insolvencia.

Capítulo VI

Disposiciones transitorias y finales

Artículo 55 - Ámbito temporal de aplicación:

Las disposiciones del presente Protocolo se aplicarán únicamente a los procedimientos de insolvencia que se abran después de la fecha de su entrada en vigor. Los actos jurídicos que el deudor haya llevado a cabo antes de la entrada en vigor del presente Protocolo continuarán sujetos a la ley que les fuese aplicable en el momento de su celebración.

Artículo 56 - Relación con los Convenios:

Tras la entrada en vigor del presenta Protocolo sustituirá en las relaciones entre los Estados miembros, a los Convenios suscritos entre dos (2) o más de ellos, respecto a las materias a las que se refiere.

Artículo 57 – Informes:

A los diez (10) años de su entrada en vigor, y posteriormente cada cinco (5) años, la Comisión Parlamentaria Conjunta presentará al Grupo Mercado Común un informe sobre la aplicación del presente Protocolo. Dicho informe irá acompañado, en su caso, de una propuesta de modificación de la que se solicitará opinión al Foro Consultivo Económico y Social.

Artículo 58 - Entrada en vigor:

El presente Protocolo entrará entre los Estados ratificantes a los ...días del depósito del segundo documento de ratificación y a los noventa (90) días del depósito del documento de ratificación o adhesión para las ratificaciones o adhesiones posteriores a su entrada en vigor.

Hecho en

MATERIAL BIBLIOGRÁFICO

- ACHA BESGA, Borja: "Concurrencia de procedimiento concursales mercantiles". Madrid: Derecho de los Negocios. Año 4 N° 29, febrero 1.993.
- ADLER, Barry E.: "Bankruptcy and Risk Allocation", 77 Cornell Law Review, 1.992.
 - "An equity agency solution to the bankruptcy priority Puzzle", Journal of Legal Studies. 1.993.
- "Financial and Political Theories of American Corporate Bakruptcy", 45, Stanford La Review 311, 1.993.
- AGHION, Philippe; HART, Oliver D; MOORE, John: " Insolvency reform in the UK: a reviser proposal". Insolvency Law & Practice. Vol. 11 – N° 3. Año 1.995.
 - "A proposal for bankruptcy reform in de UK". Insolvency Law & Practice. Vol 9. N° 4. Año 1.993.
 - "The Economics of Bankruptcy Reform", Journal of Law, Economics, and Organization, p. 523-546, 1.992.
- AIVAZIAN, Varuoj A., CALLEN, Jeffrey L.: "Reorganization in Bankruptcy and the Issue of Strategic Risk", Journal of Banking and Finance.1.983.
- ALBERTI, Edgardo M.: "¿Es aplicable el art. 4° de la ley 19.551 a todos los concursos o solamente a las quiebras" en LL 1981-A, 768.
- ALBERTI, Edgardo: "Redescubrimiento del Concordato Extrajudicial", L. L. 1.981-D-1109.
- ALCORTA, Amancio: "Curso de Derecho Internacional Privado". Tomo III – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, Año 1.927.
- ALEGRIA, Hector: "Extraterritorialidad de los concursos". Lecciones y Ensayos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. N° 47. 1.987.

- "Notas sobre el acuerdo preventivo extrajudicial", Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 10, (Concursos y quiebras), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1.996.
- "Proyecto de Código Civil de la República Argentina", Buenos Aires, 1.999.
- "Introducción al estudio de los flujos de fondos en el concurso preventivo", La Ley - Suplemento de Concursos y Quiebras del 28/08/2.003.
- "Nueva reforma a la ley de concursos y quiebras. Ley 25.589", en número especial del Suplemento de Concursos y Quiebras, Reformas a la ley de concursos (ley 25.589), La Ley.
- ALFONSIN, Quintín. "Quiebras: la doctrina de Montevideo y los Tratados de 1889 y 1940". Montevideo. 1.941.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo: "El *soft law* en el derecho comunitario", Revista de Derecho Privado y Comunitario. Rubinzal Culzoni 2.002-2.
- ALVAREZ GONZALEZ, S.: "Pasado, presente y futuro del Derecho Internacional Privado Comunitario", en Dereito. 1.996.
- ALCOVER GARAU, Guillermo: "Consideraciones generales sobre una alternativa a la reforma propuesta del Derecho Concursal español". R.D.S. N° 6. Año 1.996.
- ALESSI, G : « La riforma dell amministrazione straordinaria». Il Fallimento, 1.998.
- ALEXANDER, Peter, & KELLY Jo Slone Thinking About the Private Matters in Public Documents: Bankruptcy Privacy in an Electronic Age-, 75 Am. Bankr. L.J. 437,2.001.
- ALEXANDRE, D. "Les effets des jugements indépendants del exequatur". Trav.Com. Fr. Dr. Int. Priv. 1.975.
- ALPA, Guido: "The European Civil Code: E Pluribus Unum", 14 Tulane European and Civil Law Forum, 1.999.
- ALTMAN, Edward "A Further Empirical Investigation of the Bankruptcy Cost Question", Journal of Finance. 1.984.

- ANAYA, J. L.: “ El mito de la empresa inmortal”. Buenos Aires. El Derecho, T. 127. Año 1.988.
- “La integración de los requisitos de la petición de concurso preventivo en la Ley 24.522”, Rev. El Derecho, 164-730.
- “Un conflicto de competencias en los concursos”, Jurisprudencia anotada, en El Derecho 167-41.
- ANCHAVAL, H. A, y MÉNDEZ. L.: “Aplicación del Cramdown Power a los acuerdos preventivos extrajudiciales” Ed. Lexis Nexis. Septiembre de 2.002.
- ARGUAS, Margarita y LAZCANO, Carlos: “Derecho Internacional Privado”, El Ateneo, 1.926.
- ARMIJON, P. : «Précis de Droit International Privé Commercial», Paris, 1.948.
- ASSIMAHOPOULOU, K.: “Comparative Law in the History of Greek Law”. Revue Hellenique de Droit Comparé, 1.986.
- AURIOLLES, Martín: “Los leveraged buy-outs y su integración en el Derecho español de sociedades anónimas”. R.D.B.B. Año 1.993. También publicado en Estudios en Homenaje a Broseta. Año 1.995.
- AZNAR, Vicente “Nueva ley de quiebras. Una oportunidad perdida”, Revista El Tribuno de Córdoba, Revista del Colegio de Abogados, N°7. 1.995.
- BAIRD, Douglas: “The elements of bankruptcy”, Revision edition, ED. Foundation, Wtsbury, Nueva York, 1.993.
- BAIRD, Douglas G. “The Uneasy Case for Corporate Reorganization”, 15, Journal of Legal Studies, 127-147, 1.986.
 - “A World Without Bankruptcy, Law and Contemporary Problems, 173, 1.987.
 - “Loss Distribution, Forum Shopping and Bankruptcy. A Reply to Warren”, 54, University of Chicago. 1.987.
 - “The Initiation Problem in Bankruptcy”, 11 International Review of Law and Economics. 1.991.
 - “The Elements of Bankruptcy”, New York, Foundation. 1.992.

- BAIRD, Douglas G.: "Revisiting auctions in Chapter 11". Vol. XXXVI. Law & Economics. Año 1.995.
- BALZ, Manfred: «The european Union Convention on Insolvency Proceeding», Vol. 70, N°4, The American Bankruptcy Law Journal". 1.996.
- BAPTISTA, Luiz O.: "Aspectos teóricos del sistema de solución de controversias en las instituciones de integración, con referencia al Mercosur". Temas del Mercosur N° 3. 1.997.
- BARAK, Aharon: "The Tradition and Culture of the Israeli Legal System", RABELLO Alfredo M. (ed.), European Legal Traditions and Israel, Jerusalem, 1.994.
 - "The Civil Code Interpretation in Israel", en Kellerman, A., Siehr, K. y Einhorn, T. (eds.), Israel Among the Nations, La Haya 1.998.
- BARBÉ, Esther: "Relaciones Internacionales", Ed. Tecnos, Madrid, 1.995.
- BARCLAY, Michael J. SMITH, Clifford W. "The Maturity Structure of Corporate Debt", The Journal of Finance, vol. 50, nº 2, junio de 1.995.
- BARREIRO, Marcelo y LORENTE, Javier: "Alteraciones transitorias al régimen de concursos y quiebras" Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal N° 54 – Buenos Aires - Marzo 2.002.
 - "La "re-reforma" concursal – Consideraciones a partir de la reciente sanción de la ley 25.589". Revista del Colegio Público de Abogados de Capital Federal – N° 57 – Junio 2.002.
- BASALDÚA, Ricardo X.: "En torno al Derecho de la Integración", en *Revista de Estudios Aduaneros* N° 10, Instituto Argentino de Estudios Aduaneros, Año VI, Buenos Aires, 1.997.
- BASZ, Victoria: "Armonización Legislativa en áreas integradas" en Revista Temas de Derecho Privado N° XII, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2.000.
- BASZ, Victoria: "Actuación Internacional de las sociedades", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, t .14, Ed. Rubbinzal Culzzoni, Buenos Aires.

- BASZ – CAMPANELLA: "Derecho Internacional Privado". Ed. Rubinzal, Buenos Aires, 1.999.
- BATIFFOL, H. y LAGARDE, P. "Droit international privé". París. LGDJ. 1.983. 7. Edic. 2 vols. vol. II.
- BATRA, Sumat: "Country focus-India Sick Industrial Companies. Act. INSOL. World- The newsletter of INSOL. International", mayo 2.000. INSOL. International, Londres. Inglaterra.
- BEBCHUK, Lucian Arye y GUZMAN, Andrew T.: "An economic analysis of transnational bankruptcies". Universidad de Columbia. Harvard Scholl. 1.998.
- BEGUIN, J. : "Un ilot de résistance á l'internationalisation: le droit international des procédures collectives», en L'internationalisation du droit. Mélanges en honneur de Yvon Loussauarn», Paris, 1.994.
- BEKER Victor A. – MOCHÓN, Francisco: "Economía. Elementos de micro y macroeconomía". Ed. Mc. Graw-Hill Interamericana. Argentina, febrero de 2.007.
- BELL, J. : "La comparaison en Droit Public", Soc.Leg.Comparé (ed.), Mélanges en l' Honneur de Denis Tallon, París, 1.999.
- BELTRAN Etienne: " La reforma del Derecho portugués de la crisis económica de la empresa". La Ley. Nº 1776. Año 1.987.
 - " Algunas consideraciones sobre la disolución de la agrupación de interés económico". Valencia: R.G.D. Nº 577-78, octubre-noviembre, 1.992.
- BERCAITZ, Ana: "La nueva ley de concursos y el derecho internacional privado", en E.D. t. 43.
- BERENDS, Andre J.: "The UNCITRAL Model Law on cross-border insolvency: a comprehensive overview", en Tulane Journal of International and Comparative Law Nº 66, Primavera, 1.992.
- BERKOVITCH, E. Israel R. And ZENDER, J. "The Design of Bankruptcy Law: A case for management bias in Bankruptcy reorganizations", University of Michigan, Paper, 1.993.

- BERGEL, Salvador D.: "El principio de conservación de la empresa como integrante del concepto 'interés general' en el art. 40 de la ley 11.719". Buenos Aires: Revista Jurisprudencia Argentina. Septiembre-octubre, 1.966-V.
 - "Extensión de la quiebra por confusión patrimonial", La Ley, 1.995 – B, 754.
 - "Extensión de la quiebra por abuso de los poderes del controlante (art. 165 inc. 2º, Ley 19.551), La Ley, 1.984 – D, 972.
 - "La concursabilidad del grupo en el Proyecto de Ley de Concursos", E.D. 159-981
- BETKER, Brian L. "Management's Incentives, Equity's bargaining Power and Desviations from absolute priority rule in Chapter 11 Bankruptcies", 68 Journal of Business. 1.995.
- BHATTACHARYA, S., A.W.A. BOOT y A.V. THAKOR "The Economics of Bank Regulation", Journal of Money, Credit and Banking, vol 30, nº 4. 1.998.
- BIDART CAMPOS, Germán J. "La ley concursal y los créditos pagaderos en el exterior", E.D. 105.
 - "Algunas reflexiones sobre temas vinculados al Mercosur". Editorial Jardel, 1.997.
 - "El art. 4º de la Ley de Concursos y la Constitución", E.D. Nº 5769, 6 de julio de 1.983.
- BIOCCA, Stella M. – CÁRDENAS, Sara L. - BASZ, Victoria: " Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte General". Ed. Universidad. Buenos Aires. Año 2.003.
- BIOCCA, Stella Maris: "Ley aplicable y tribunal competente en el sistema del MERCOSUR" – Mesa Redonda desarrollada como contribución académica para las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil por el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Edición del Colegio de Escribanos de la Capital Federal. 1.993.

- "Sociedades multinacionales y extranacionales", Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1.974.
- BISBAL MENDEZ, Joaquín: "La empresa en crisis y el Derecho de quiebras (una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)." Bolonia- Real Colegio de España. Año 1.983.
- "La insoportable levedad del Derecho concursal", The Unbearable lightness of bankruptcy law, Revista de Derecho Mercantil. 1.994.
- "La empresa en crisis y el derecho de quiebras", (The crisis of de firm and bankruptcy law), Bolonia, Real Colegio de España, 1.986.
- BISCARETTI di RUFFIA, Paolo: "Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato", Milán, 1.974.
- BLANC-JOUVAN: "La formation au droit comparé", 48 Revue Int. Droit Comparé, 1.996.
- BOGDAN, M.: "Cross - Border Insolvency", en S. STROMHOLM y C. HEMSTROM. Swedish National Reporto to the XIII International Congress of Comparative Law. Montreal 1.990. Uppsala. Acta Instituti Upsaliensis Iurisprudentiae Comparativae XVI.
- BOGGIANO, Antonio: " Derecho Internacional Privado" Ed. Depalma. Buenos Aires. Año 1.988.
- " Curso de Derecho internacional Privado". Ed. Abeledo – Perrot. Buenos Aires. Año 1.993.
- "Derecho extraterritorial de quiebras", J.A. 12-1.971.
- BONELL, Michael: "An International Restatement of Contract Law", Nueva York, 1.997.
- "Do We Need a Global Commercial Code?" Uniform Law Review, 2.000.
- BONELLI, Gustavo: "Del Fallimento". 3 Vols. Milano: Vallerdi. 1.923. Actualizado por Andrioli. Milano: Vallardi. Año 1.938.
- BONFANTI, Mario: "Inhabilitación y rehabilitación en la quiebra", en DYE, 257, nº4.

- BONSIGNORI, A.: “ Diritto Fallimentari. Torino. UTET. Año 1.992.
- BOODMAN, Martin: “The Myth of Harmonization of Laws”, 39 American Journal of Comparative Law, 1.991.
- BORGARELLO, Luisa Isabel y RODRÍGUEZ PARDINA, José María: “La administración de la empresa durante el procedimiento de salvataje”, en AA. VV, de la insolvencia, T. I. También en II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal, en www.fespresa.com.ar
- BORRAS RODRIGUEZ, A.: “Proyecto de convenio sobre quiebras, convenios de quiebra y procedimientos análogos”, en GARCIA DE ENTERRIA, J. D. GONZALEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO. Tratado de Derecho Comunitario. Madrid. Civitas. Vol. III. 1.986.
- BOSHKOFF, Douglas: “Sum and substance of Bankruptcy and Creditors Rights”. CES. Indiana. USA. Dec. Año 1.983.
- BOTTIAU, A. : “Aspects internationaux de la faillite en droit américain». Journal Clunet Droit International. 1.992.
- BOTTO, Mercedes: “La integración regional en América Latina: ¿una alternativa para el crecimiento?”, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), 2.003.
- BOURGNINAUD, V.: “Droit des entreprises en difficulté”. Paris, Económica. Año 1.992
- BOUZAL VIDAL, N.: “Modalidades de unificación y armonización de legislaciones en la Comunidad Económica Europea”, en E. GARCIA DE ENTERRIA, J. D. GONZALEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO. Tratado de Derecho Comunitario. Madrid. Civitas. Vol. I. 1.986.
- BOWERS, James W.: “Groping and coping in the Shadow of Murphy’s Law: Bankruptcy theory and the elementary economics of failure”, Michigan Law Review, 1.990.
 - “Wither what hits the fan?. Georgia Law Review, 27, 1.991.

- "The fantastic wisconsin zero-bureaucrati-cost School of Bankruptcy Theory: A Comment", Michigan Law Review. 1.993.
- "Of bureaucrats brothers in Law and Bankruptcy taxes: The art. 9 filing system and Market for Information", Minnesota Law Review. 1.995.
- BRANDLARD, J. P.: " Le redressement et la liquidations judiciaires des entreprises" Comentario de la Ley Nº 85/98 de 25 de eberi de 1.985 a la luz de los trabajos preparatorios). Publication du C.E.F.E. Centre d'Etudes et de formation des entreprises.
- BRIZZIO, Claudia: "Anteproyecto de Código Europeo de Contratos", La Ley, 1.999-C 985-1014.
- BRADLEY, Michael D. "The Untenable case por capter 11", Yale Law Journal. 1.992.
- BRUCE Leonard: "International Bankruptcy Law. The International Year in Review". Norton Annual Survey of Bankruptcy Law, 2.002 Edition
- BUQUICCHIO, Gianni y GARRONE, Pierre : "L'Harmonisation du Droit Constitutionnel Européen: la Contribution de la Commision Européenne pour la Démocratie par le Droit", *Uniform Law Review*, 1.998.
- BUSSANI, Mauro y MATTEI, Ugo : "Les Fonds Commun du Droit Privé Européen", 52 Revue International de Droit Comparé, 2.000.
- BURNIAUX, Jean-Marc "Instaurer la discipline financière: L'experience des Pays d'Europe Centrale et Orientale dans le domaine de la réglementation des fallites", Revue économique de l'OCDE, nº 25, II. 1.995.
- BUSSANI, Mauro y PALMER, Vermon Valentine: "*Pure Economic Loss in Europe*", Cambridge, 2.003.
- BUTTY, Enrique: "Cramdown, doctrina de la empresa y sus elementos, y negocio indirecto legal". Cuadernos de la Universidad Austral Nº1, Derecho Empresario Actual, Homenaje al doctor Raymundo Fernández, Ed. Depalma, 1.996.

- BUXBAUM, Hannah L: "Rethinking international insolvency: The neglected role of choice of law rules and theory. Stanford journal of international law. Volumen 36. Leland Stanford Junior University. Stanford Law School. Stanford, California.
- CABRILLO, Francisco "Adam Smith on Bankruptcy law? New law and economics in the Glasgow lectures", 8, 1, History of Economics Society Bulletin, 1.986.
 - "Análisis económico del derecho concursal español (An Economic Analysis of Spanish Bankruptcy Law), Madrid, Fundación Juan March, 1.987.
 - "Quiebra y liquidación de empresas, Madrid, Unión Editorial, 1.989.
 - "La teoría económica de la reorganización de las empresas en quiebra (Economic Theory of the Reorganization of Bankruptcy Firms), Economics, 1.993.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis: "Problemas y tendencias del derecho concursal internacional", Derecho de los Negocios, 1.994.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y AREAL LUDUEÑA, Santiago (dirs): "Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional", Ed. Colex, Madrid, 2.005.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: "Procedimientos de insolvencia y Reglamento 1346/2000: ¿Cuál es el 'centro de intereses principales' del deudor?", Ed. Colex, Madrid, 2.005.
 - "Derecho Internacional Privado – Volumen I"- 3ª edición- Editocial Comares, Granada, 2.002.
- CAMARA, Héctor: "El Concurso preventivo y la quiebra". Depalma. Buenos Aires.- 1.990.
- CANARIS, Claude-Wilhelm.: "La Mancata Attuazione del Rapporto Obbligatorio: Profili Generali. Il Nuovo Diritto delle Leistungsstörungen", 49 Rivista di Diritto Civile, 2.003.

- CANDELARIO MACIAS, Isabel: "L'armonizzazione del diritto concorsuale nell ambito dell UE". Conferencia dictada en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Catania el 5 de diciembre de 1.997. Rivista Il Diritto fallimentare e della societa commerciali, marzo - aprile 1.999.
 - " Una visión reflexiva de nuestro Derecho concursal". Actualidad Jurídica Aranzadi. Nº 224, 7 de diciembre de 1.995.
 - " Análisis de las ayudas públicas (libre competencia) a empresas en crisis". Cuadernos Jurídicos. Nº 38, febrero de 1.996.
 - "Una interpretación aproximativa a los materiales para la reforma de la legislación concursal. Nº1. Dir. Fall. Enero-febrero 1.997.
 - "Conservación de la empresa versus libre competencia". Nº655, Revista General de Derecho, abril de 1.999.
 - "Las últimas modificaciones del derecho concursal: Derecho belga, peruano, portugués", Revista de Normas Legales. Lima, mayo 1.999.
 - "El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales", Granada, Comares, 1.999.
 - "Seguro de crédito y práctica concursal", Madrid, 1.999.
 - "Aproximación a la iniciativa de Reglamento del Consejo Europeo sobre procedimientos de insolvencia" (1999/C221/06) Más de lo mismo?. Rivista Il Diritto Fallimentare e della società commerciale. Noviembre –diciembre.1.999.
 - "Il diritto concorsuale in Europa", CEDAM, Casa Editrice Dott, Antonio milani, Imprenta società fallimento. 2.001.
 - "De nuevo a vueltas sobre la ineficacia del derecho concursal español: no se constituye en un instrumento de reducción de costes de transacción". <http://www.ilFallimento.it>. Noviembre de 2.001.
- "La ordenación de la Insolvencia en la Unión Europea" en Noticias de la Unión Europea, Nº 235/236, año XX, Ed. CISS, Bilbao. Agosto/septiembre de 2.004.

- CANDELARIO MACÍAS, Isabel, Rodríquez Grillo, Luisa: “La administración de la empresa en dificultades económicas”. Revista de Contabilidad y Tributación. Nº 166, enero 1.997.
 - “La Empresa en Crisis- Derecho Actual”. Ediciones Ciudad. Argentina. Año 1.998.
- CANDELARIO MACÍAS, Isabel – OVIEDO ALBÁN, Jorge (coordinadores: “Derecho mercantil contemporáneo” – Colección Derecho Privado y Globalización – Tomo I – Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda.. Bogotá D.C. Colombia. Mayo de 2.005.
- CANDIAN, Aurelio: “Il proceso di Concordato Preventivo.” Padova Cedam. Año 1.937.
- CANIN, P.: “ La reforme du redressement et de la liquidation judiciaires des entreprises”. R. Juris Comm. Año 1.994.
- CANIYET, G., “La Convergence des Systèmes Juridiques au Point de Vue du Droit Privé Français”, 55 Revue Internationale de Droit Comparé, 2.003.
- CAPPELETTI, Mauro: “Comparative Constitutional Law”, Indianápolis, 1.979.
- CARRILLO Franco, H. Agustín: “Prevención de la quiebra y reorganización de sociedades. La reorganización concursal del Derecho norteamericano”. Tesis doctoral. Valladolid. Año 1.990.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: “El derecho internacional en un mundo en cambio”, Madrid, Ed. Tecnos, 1.985.
- CARVALHO FERNANDEZ, L. A. – LABAREDA, J.: “ Código dos processos especiais de recuperação da empresa e de falência”. 2º ed. Lisboa. Quid Juris. 1.995.
- CHAÏT, Yves: “L’office du juge dans le traitement précoce des difficultés”. Le nouveau Droit., dirección de Frison- Roche, M. Anne. París: Dalloz. Año 1.995.
 - “Droit du redressement et de la liquidation judiciaires des entreprises”. 2ª ed. París. Presses Universitaires de France (PUF). Año 1.990.

- CHIEFFI.: "Il Leveraged buy-out nell'ordinamento italiano". Giurisprudenza Commerciale. Anno XIX, 1.992.
- CHRISTAHACHON-FOTIADI, K. : "Einfluss des europäischen Rechts auf das griechische Zivilrecht", 53 Revue Hellénique de Droit International, 2.000.
- CICHERO, Liliana y MATOZZI, Laura: "Efectos de la apertura del concurso preventivo en los países del Mercosur", Revista de Derecho del Mercosur 4. 1.998.
- CIMINELLI, Juan C.: "Cuestionamientos de constitucionalidad a diversos institutos concursales". Editorial Astrea. 2.001.
- CIMINO, A.: "Un tribunale fallimentare comunitario come soluzione transitoria del problema dell'armonizzazione delle legislazioni in materia di diritto fallimentare". Dir. Fallim. 1.967.
- CIURO CALDANI, Miguel Angel: "Estudios de Filosofía de Derecho Internacional Privado". Fundación para las Investigaciones Jurídicas. Rosario. 1.997.
 - "Filosofía de la jurisdicción", Fundación para las Investigaciones Jurídicas. Rosario. 1.998.
 - "Comprensión trialista de la justificación de las decisiones judiciales". Publicación Alicante: Biblioteca virtual Miguel de Cervantes. 2.005
- COLOMBO ARNOLDI, Paulo Roberto: "A Declaracao Da Falencia E Seus Efeitos Jurídicos No Ambito Do Mercosurl. Falencia Declaradas No Extrangeiro", en Empresa y MERCOSUR, Buenos Aires. Año 1.997.
 - «O Cramdown na Perspectiva Brasileira». II Encuentro Argentino uruguayo de Institutos de Derecho Comercial. Impresora Plural. Colonia. 1.997.
 - "Armonización y Unificación de las legislaciones concursales", Sociedades y Concursos en el Mercosur. Ad hoc, 1.996.
- COLOMBRES, Gervasio: "Curso de derecho societario", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.972.
- COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H.: "El negocio jurídico". Ed. Astrea. 1.992.

- CONESA, Eduardo R.: "Macroeconomía y Política Macroeconómica". Ediciones Macci – 2º edición. Junio de 2.005.
- CONIL PAZ, Alberto: "La quiebra transnacional en el Mercosur", Rev. Der. Mercosur 3 - 1.997.
- COOPER, Neil: "The newsletter of Insol International. INSOL. International, Inglaterra. Mayo de 2.000.
- CORTÉZ de VALERIO, G. E.: "Protección a las sociedades en la nueva ley de concurso y cramdown". Derecho societario argentino e iberoamericano. VI Congreso argentino de Derecho societario. T III. Buenos Aires. Ed, Ad-Hoc. Año 1.995.
- COSSMAN, Brenda: "Turning the Gaze Back on Itself: Comparative Law, Feminist Legal Studies, and the Postcolonial Project", Utah Law Review 1.997.
- COSTA, Miguel G.J. «Aplicación del art. 4 de la Ley 19.551". La Ley Tomo 105-897.
- COSTA BRAGA DE OLIVEIRA, Pedro Alberto: "Apuntes sobre el régimen concursal brasileño"
- COSTA LEVENSON, David: "International Insolvency Proposal for Reform of Choice of Avoidance Law in the Context of International Bankruptcies From a U.S. Perspective", 10 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 291 (Spring, 2002).
- COURET, A. et Alii: " La réforme du Droit des entreprises en difficulté (commentaire de la loi N° 94-475 du 10 juin 1.994)". París. Montchrestien. Año 1.994.
 - Cour International de Justice Affaire Barcelona Traction. Light and Power Company. Annexes á la Replique du Gouvernement Belge. Bruselas. 1.967. Vol. II, Annexe, 102.
- CRAIG, P. y BÚRCA, Grainne de: "EU Law", 3a. ed., Oxford, 2.002.
- CREIMER, Isabel: "Concurso en el Mercosur", II Encuentro Argentino Uruguayo de Institutos de Derecho Comercial. 1.997.
- CRUZ, Peter: "A Modern Approach to Comparative Law", Deventer, 1.993.

- CRUZ VILLALÓN, Pedro: "Nationale Verfassungsangleichung zur Stunde Europaäischer Verfassungsgebung", en el 2nd. European Jurists Forum, Atenas, mayo de 2.003.
- CRYSTALL, Q. C.- PHILLEPS, M.: "Insolvency Law Handboock". 3^a ed. London: Butterworths. Año 1.994.
- CZAR de ZALDUENDO, Susana: "El procedimiento de reclamaciones y el mecanismo de consultas ante la Comisión de Comercio del Mercosur". Temas del Mercosur N° 3. 1.997.
 - "La institucionalización de los acuerdos regionales: El caso del Mercosur" Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración", Ed. Albremática. www.elDial.com. Año 2.004.
 - "Empresas Binacionales Argentino Brasileñas", Revista de Derecho Industrial, Año 13, N° 38. Depalma. Argentina.
- DABORMIDA, Renato: "Procedura concursal e risanamento dell'impresa in crisi: progetti di convenzioni, ordinamento comunitario e recenti esperienze nazionale". En crisi dell'impresa e salvaguardia dell'azienda. Padova. Cedam. 1.995.
- DALHUISEN, Jan: "International Commercial and Financial Law," Oregon, 2.000.
- DANIELE, L.: "Il Fallimento nell Diritto Internazionale privato e processuale". Padua. Cedam. 1.987.
- DASSO, Ariel: "La transferencia forzosa de la empresa insolvente", La Ley, 1.994-E, 1227.
 - "La *condicio iuris* del *cramdown*: La sociedad concursada debe ser adjudicada no al primero que llegue, sino al que realice la mayor oferta". Sociedades y Concursos. Ed. Ad-Hoc. 1.996.
 - "Tendencias actuales del derecho concursal" - Ed. Ad Hoc, 1.999.
 - "Cramdown". Revista Notarial. N° 920. Año 101. 1.995

- “La inactividad de la empresa no es óbice al cramdown”. Suplemento de Concursos y Quiebras, La Ley. Buenos Aires, 15 de marzo de 2.004.
- “La reforma de la ley de quiebras en el marco de emergencia”, L. L. 25/2/02.
- “Naturaleza jurídica del cramdown. Su conditio iuris: la mejor oferta”, Revista La Ley 1996-E-1170;
- “El primer cramdown”, en La Ley 1997-B-314,
- “La operativa del salvataje en la nueva ley concursal (análisis del caso José Minetti y Cía. Ltda. S.A.C.I. s/Concurso Preventivo), L.L. del 13-11-97.
- “Quiebras, concurso preventivo y cramdown”, Ad hoc, Buenos Aires, 1.997.
- DAVIES, Iwan: “The New Lex Mercatoria: International Interests in Mobile Equipement”, 52 International Comparative Law Quarterly, 2.003.
- DE CRUZ, Peter: “Comparative Law in a Changing World”, 2a. ed. London, 1.999.
- DEFRANCESCO, Lorena y LÓPEZ, María Clara: “Pequeños concursos y quiebras. Necesidad de una regulación específica que hoy la ley vigente omite (LEY 24.522 Mod. 25.589). Reforma”, VIII Jornadas Rioplatenses de Derecho. 2.003.
- DE LAPRADELLE, A. - NIBOYET, J. P. “Répertoire de Droit International”. París. T.VIII. Sirey. 1.930.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Integración europea y Derecho Internacional Privado”, en R.D.C. 1.997.
- DERRIDA, F. – SORTAIS, J. P.: “La réforme du Droit des entreprises en difficulté (premier eperçu)”. Chronique. 34º Cahiers. Paris. Recueil Dalloz, 1.994.
- DE OLIVEIRA, Celso: “Principias mudanzas na legislação falimentar” Revista Electrónica de Derecho Comercial. www.derecho-comercial.com. enero de 2.006.

- DESANTES REAL, J.: “España ante el proceso de elaboración de un Derecho Internacional Privado intracomunitario” en FERNANDEZ ROZAS, J.C. España y la codificación del Derecho Internacional Privado, Eurolex. 1.993.
- DESURVIRE, D.: “Histoire de la banqueroute et faillite contemporaube”. París: Hartmattan. Año 1.992.
- DIEZ de VELAZCO, Manuel: “Las Organizaciones Internacionales”, 8ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1.994.
- DIENA, G. “Trattato di Diritto Commerciale Internazionale, ossia il Diritto Internazionale Privato Commerciale». Firenze, 1.900.
- DIESSE, Francois : Travaux des organisations internationales (Droit du Commerce International) Revue de droit des affaires internationales-International business law journal, N° 5, Forum Européen de la Communication, París, Francia. 2.000.
- DINE, Janet: “Company Law. Insolvency and Corporate Reconstruction”, Segunda Edición, London.
- DI TULLIO, José A.: “Concursos y quiebras. Ley. 25.589”, ED, 197-783.
 - “Concursos y Quiebras. Ley 25.589” ED. 6 de junio 2.002.
 - “Reestructuración de deuda. A.P.E. y Suspensión de acciones”. Suplemento de Concursos y Quiebras. La Ley. 15 de diciembre de 2.004
- DI TULLIO, José, MACAGNO, Ariel, CHIAVASSA, Eduardo: “Concursos y Quiebras – Reformas a las leyes 25.563 y 25.589”. Lexis Nexis – Depalma.
- DOBSON, Juan: “Derecho Comercial Internacional: MERCOSUR – Unión Europea, Capítulo XVI Procedimientos de insolvencia transfronteriza” –. Ed. Reus – ByF, 2.005.
 - “Treaty Developments in Latin America. The Montevideo Private International Law Treaties of 1889 and 1940 and International Bankruptcies”. XIII International Congress of Comparative Law”. Montreal 1.990. Tubinga. J.C.B. Mohr. 1.992.

- DOMOWITZ, Ian y EOVALDI, Thomas: "The impact of the Bankruptcy Reform Act of 1978 on Consumer Bankruptcy", *Journal of Law and Economics*, 1.993.
- DONGO, Darío: "Procedura concursali, esercizio dell'impresa, salvaguardia dell'azienda. Padova: Cedam. Año 1.995.
- DREYZIN de KLOR, Adriana: "El MERCOSUR, Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado", Buenos Aires, Zavallia, 1.997.
 - "El MERCOSUR en el 2003", *DeCITA*, Nº 1, 2.004.
 - "Hacia el Parlamento del Mercosur", *REDIM*, 2.003.
- DUER, Gabriela: "El concurso en caso de grupos económicos en la ley de concursos"; en *Revista Errepar*, septiembre de 2.000.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.: "Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma". Madrid. Anuario de Derecho Civil 1. Año 1.980.
 - "La modernización del Derecho Concursal en el siglo XIX: El significado histórico de la ley del 12 de noviembre de 1869 sobre la quiebra de las compañías de ferrocarriles".
- DURRANT, Cristopher – MILMAN, David: "Corporate Insolvency: law and práctica". 2ª ed. London: Sweet & Maxwell. Año 1.994.
- DUTSH, Karl, y NYE, Joseph: "Derecho de la Integración", *Rev*, Nº 5 INTAL.
- EISENBERG, Theodore y TAGASHIRA, Shoichi: "Should we Abolish Chapter 11? The evidence of Japan". *Journal of Legal Studies*. 1.994.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel: "Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano", ED. Depalma, Buenos Aires, 1.994.
- EPSTEIN, David G. – MISKLESS, Stive H. – WHITE, James J.: "Bankruptcy". West P Publishing Co., St. Paul. Año 1.993.
- ESCUTI, Ignacio: "Los poderes del juez concursal en la Ley 24.522", *El Derecho* Tomo 164, 1.995.
- ESCUTI Ignacio – JUNYENT BAS, Francisco.: "Concursos y quiebras", (Ley 24.522) Córdoba. *Advocatus*. Año 1.995.

- ESCUTI, Ignacio (h) y JUNTENT BAS, Francisco: "Instituciones de Derecho Concursal". Alveroni, 1.998.
- ESCUTI, Verónica: " Un capítulo más de la legislación concursal". Buenos Aires. Ed. El Derecho. N° 166. Año 1.996.
- ESMEIN, Adhémar: "Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé", París, 1.928.
- ESPINA, Álvaro, "La internacionalización de la empresa española: el caso de Acerinox", Economía Industrial, n° 306, n° VI, 1.995.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos S: "Nuevas Perspectivas en el Proceso de Armonización.", Revista de Derecho Comunitario, Rubinzal.
 - "La actividad desarrollada por las Comunidades en el ámbito del Derecho Concursal". Noticias CEE. Julio de 1.993.
 - "Nuevas Perspectivas en el Proceso de Armonización del Derecho Privado y del Derecho Internacional Privado en Europa", Revista de Derecho Comunitario. N° 20, Rubinzal. 1.999.
 - "Un paso más en la profundización del proceso de integración jurídica europea: el reglamento (CE) N°1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia". Revista de Derecho Privado y Comunitario. Editorial Rubinzal-Culzoni. Febrero 2.002. Y en RDCO, año 33, 2.000.
 - "La ley Modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza del 30 de mayo de 1997: ¿de la hambruna al exceso?", Cuadernos de Derecho y Comercio N° 27, diciembre de 1.998.
 - "Derecho Comercial Internacional" Ed. Reus – B de F, 2.005
- ETCHEVERRY, Raúl: "Derecho Comercial y Económico, Obligaciones y Contratos Comerciales, Parte General". Ed. Astrea. Buenos Aires 1.988.
- ESTOUP, Luis A.: "Una delicada justicia comunitaria". Revista del Derecho del Mercosur. N° 5. Octubre de 1.999. Ed. La Ley.

- ESTOUP, Luis A - FERNANDEZ REYES, Jorge: "Derecho Vigente del Mercosur", Normativa Incorporada por los Estados Partes, Laudos Arbitrales- Normas Técnicas, Circulación de Capitales y Servicios. Editorial La Ley. 2.001.
- EWALD, William: "Legal History and Comparative Law", Zeu *P* , 1.999.
- FAJARDO GARCÍA, Gemma: " La crisis de la empresa en el Derecho español: medidas alternativas a la quiebra". Dir. Fall. N° 4, agosto-setiembre, 1.994.
- FALLON, M. "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré», R. des C. 1.996, Vol. 261, y sgtes. La Haya.
- FASSI, Santiago y GEBHARDT, Marcelo: "Concursos y quiebras". Comentario exegético de la Ley 24.522. 7ª. Edición actualizada. Astrea. 2.000.
- FANZOLATO, Eduardo I. Y ROITMAN, Horacio: "Quiebra del cónyuge", Rev. De Der. Priv. Y Comunitario, N° 12, Rubinzal –Culzoni, Santa Fe.1.996.
- FARGOSI, Horacio: "Algunas notas sobre los acuerdos preventivos extrajudiciales", Revista LA LEY, Suplemento de Concursos y Quiebras, Junio 2.002.
- FARGOSI, H. y RUSSO, M.: "Reforma de la reforma de la ley concursal". LL. del 6 de junio de 2.002.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M.: " Nuevo régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522". Buenos Aires. ENT. 1.996.
 - "Pequeños concursos: ¿Regla o excepción?". Fuente Errepar 10/01. www.Legalmanía.com
 - "Negocios Internacionales y Mercosur". Ad Hoc. Buenos Aires. 1.996.
- FAZIO, María A.: "Transferencia forzosa de acciones o cuotas. Nueva Ley de Quiebras". L. L. del 7de junio de 2.002
- FAZZALARI, D. – CALISSE, R.: "Leveraged buyout ristrutturazione aziendale: Novetà operative ed analisi economico-financiere". Dir. Fall N° 2. Año 1.995.
- FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L. "Derecho Internacional Privado. Parte Especial", Editorial Universidad, Argentina, 2.000.

- "Reformas al Código Civil. Derecho Internacional Privado" Vol. 18 de la Colección dirigida por los Dres. Atilio A. Alterini y Roberto M. López Cabana. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Año 1.994.
- "Insolvencia y empresa en crisis en el Mercosur", Capítulo del Libro Homenaje Addendum 2.001 a Gonzalo Parra Aranguren. Editor Fernando Parra Aranguren. Caracas. Venezuela. 2.002.
- "La ley de derecho internacional privado de la república argentina: mito o realidad?". Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la UBA. Mayo de 1.999 y Revista Virtual de Derecho Privado: <http://www.derechoorg.com.es>.
- "El Derecho Internacional Privado y los Procesos de integración regional". Revista Síntesis Forense No. 85. Colegio de Abogados de San Isidro. Agosto de 1.999.
- "Armonización legislativa en las áreas integradas" Texto de la Mesa Redonda. Revista Temas de Derecho Privado N° XII, Departamento de Derecho Privado, publicación del Colegio de Escribanos de la Capital Federal. 2.000.
- "La insolvencia internacional en la Argentina: Armonización legislativa a la europea?". Revista Jurídica de San Isidro. Enero - abril. No. 27. Abril de 2.000, y también en <http://www.derecho.org.com.es>
- "La insostenible resistencia de la insolvencia hacia el arbitraje", Revista de Derecho Internacional y del Mercosur. Año 5 N°6. La ley. Sintese. 2001.
- "La armonización legislativa en materia de quiebras en el Mercosur: panacea o anatema?", en www.noticias.juridicas.com Mayo de 2.000.
- "La insolvencia internacional en el Mercosur: una necesidad o una quimera?", en www.lfallimento.com, y en <http://www.noticias.es>. 2001.
- "Texto de la Conferencia dictada en el Seminario sobre Negocios Internacionales en el marco de la Maestría de Procesos de Integración Regional de la Universidad Nacional de La Plata. Inedito.

- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara Lidia, RODRÍGUEZ, Mónica Sofía y SCOTTI, Luciana Beatriz, "Concursabilidad en nuestro país de una sucursal argentina constituida en el Uruguay", en Feldstein de Cárdenas, Sara, *Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Colección de Análisis Jurisprudencial, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2.004.
- "Insolvencia internacional y Tratados de Montevideo a la luz de un nuevo caso jurisprudencial" (Comentario al fallo "Adams and Adler SA s/ pedido de quiebra) en Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 3, Diario Jurídico elDial: www.eldial.com, Ed Albremática. Pub. 27 de agosto de 2.004.
- "Dictamen sobre el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado", Pub. Revista Síntesis Forense N° 116 – Setiembre/octubre 2.005. y en www.casi.com.ar.
- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara, RODRÍGUEZ, Mónica, MEDINA Flavia y BAEZ PEÑA W., Vera: "El cramdown - ¿Una muerte anunciada?". Ediciones Suárez. Mar del Plata. abril de 2.002.-.
- Armonización Legislativa en materia de insolvencia Internacional: Una asignatura pendiente en el Mercosur". IX Jornadas de Investigación y Becarios. Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales. Ediciones Suárez. 2.002.
- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara, RODRÍGUEZ, Mónica, MEDINA Flavia: "El arbitraje y la insolvencia: una pareja divorciada?". Libro de ponencias presentadas en las jornadas sobre Simplificación del proceso del Colegio de Abogados de San Isidro. Publicación del colegio de abogados de San Isidro. 30 de junio de 2.000. También publicado por pedido de <http://www.viajuridica.com>. 2001.
- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara y SCOTTI, Luciana: "Armonización Legislativa en materia de Derecho de Familia en el MERCOSUR: el caso de la restitución internacional de menores". Libro de Ponencias de las XX Jornadas

Nacionales de Derecho Civil. 22 al 24 de Setiembre 2.005. Buenos Aires – Argentina.

- FERMÉ, Eduardo: “El Derecho Internacional Privado en la Reforma Constitucional” – Temas de Derecho Privado VIII- Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Edición del Colegio de Escribanos de la Capital Federal- 1.996.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y DREYZIN de KLOR, Adriana: “Avances y fracasos de los esquemas subregionales latinoamericanos. El caso del MERCOSUR”. Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración – Editorial Albremática- www.elDial.com, 2.005.
- FERNANDEZ MADRID, Juan C. “Concursos y quiebras”, Tomo I, Buenos Aires, 1.976.
- FERNANDEZ MCEVOY, Josefina: “International Insolvency Mexico's Quest for Legislative Transparency”, 10 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 249 (Spring, 2.002).
- FERNANDEZ MOORES, Javier E.: “Las inhabilitaciones en la Ley 24.522”, en Jurisprudencia Argentina del 9de noviembre de 1.996.
 - “La prueba en la ineficacia concursal”, Rev. De Der. Priv.y Comunitario N° 14. 1.997.
- FERRARI, S.: “Le Fontu Normativa di Produzione non Nazionale”, en Rescigno, P. (ed.), Trattato di Diritto Privato, Turín, 1.982.
- FERRER, Alicia y otros: “Concurso del Grupo económico en el derecho uruguayo”. Il Encuentro Argentino uruguayo de Institutos de Derecho Comercial. 1.997.
- FIORE, Pascual: “Dell fallimento secondo il Diritto Internazionale”, Pisa, 1.873.
- FLASHEN, Evan D.: “International Insolvency The Foreign Representative-A new approach to coordinating the bankruptcy of a multinational enterprise, 10, Am.Bankr. Inst. L. Rev. 111, 2.002.

- FLASHEN, Evan y SILVERMAN, Ronald: "The role of the examiner as facilitator and harmoniser in the Maxwell Communication Corporation International Insolvency", Vol. 9, N°3, Insolvency Law and Practice. 1.993.
- FLETCHER, I. A.: "Bankruptcy Notices: Peril and Perplexities", Journal of Business Law, 1.984.
- "Cross Border Insolvency: national and Comparative Studies. Reports delivered at the XIII International Congress of Comparative Law". Montreal 1.990. Tubinga. J.C.B. Mohr. 1.992.
- "The Insolvency in Private International Law", Clarendon Press, Oxford, 1.999.
- FOELIX, M.: "Traité de Droit International Privé." París . Año 1.856.
- FOIGUEL LÓPEZ H.: "La responsabilidad del síndico concursal". Buenos Aires. Ed. Macchi. Año 1.989.
- FONTANARROSA, Rodolfo: "Derecho Comercial Argentino, Parte General". Ed. Zavallía, Buenos Aires, 1.997.
- FORESTIERI, Giancarlo: "Le banche e il risanamento delle imprese in crisi: modelli istituzionali e regole del gioco", capítulo 2 de Banche e risanamento delle imprese in crisi, E.G.E.A S.p.a (Università Bocconi), Milano, 1.995.
- FRANCESCHELLI, Remo: "L'apprendista stregone, L'elisir di lunga vita, e L'impresa immortale". Problemi attuali dell'impresa in crisi. Padova. Cedam. Año 1.983.
- FRANKS R. Julian – TOROUS, Walter N.: "Lessons from a comparison of US and UK insolvency codes". Oxford review of economic policy. Vol. 8. N° 3 (trad. Al español por B. Pascual Encuentra).
- FRANKS, J. R. y Otros: "A comparison of US, UK, AND GERMAN INSOLVENCY CODES", Vol. 25, N° 3, Financial Management, autunno, 1.996.
- FRANKS, J. R. and TOROUS, Walter: "A Comparison of Financial Recontracting in Distressed Exchanges and Chapter 11 Reorganizations", Journal of Financial Economics. 1.994.

- FRIEZE, S: "Insolvency Law". 2ª ed. London. Longman. 1.993.
- FROST, Christopher: "Running the Asylum: Governance Problems in Bankruptcy Reorganizations", Arizona Law Review. 1.992.
 - "The Bankruptcy Reform Act of 1994 and the Balance of Power in Corporate Reorganizations", Annual Survey Bankruptcy Law, 297, 1.995.
- GAGLIARDO, Mariano "Acuerdos preventivos extrajudiciales", en DYE N° 4, Rosario, 1.995.
- GALÁN LÓPEZ, Carmen: " Derecho concursal: modelos de regulación en Derecho comparado". Crisis económica y Derecho concursal. N° 58. Madrid. Economistas. Año 1.993.
- GALIOTO-PALUCHOWSKI: "L'administrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Padova. Cedam, 1.990.
- GAMBARO, Antonio y SACCO, Rodolfo: "Sistemi Giuridici Comparati", Torino, 1.991.
- GAMIO, José María: "Importancia de la seguridad jurídica en el Mercosur", Revista Temas del Mercosur. 1.997.
- GARAGUSO, Horacio: "La verificación de créditos en los países del MERCOSUR". Ad hoc. 1.998.
- GARCÍA FERNÁNDEZ: " Management buy-out". Dirección y Progreso. N° 93. Año 1.987.
- GARCIA MARTINEZ, Roberto "Derecho Concursal" Abeledo Perrot, 1.997.
- GARCÍA VILLAVEVERDE, Rafael: "Notas sobre la reforma del régimen jurídico de la crisis de las empresas bancarias". Madrid. Papeles de Economía Española. N° 18. Año 1.984.
 - "Textos de Derecho Concursal europeo". Madrid. Dykinson. 1.993.
 - "Instituciones concursales y paraconcursoales: El ámbito de una reforma". Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. N° 8. Madrid. Facultad de Derecho. 1.995.

- GARRIGUES, J.: “ En torno a la reforma del Derecho mercantil”. La reforma de la Legislación Mercantil. Madrid. Forum-Universidad empresa. Civitas. Año 1.979.
- GARRO, Alejandro: “La armonización legislativa en el derecho privado latinoamericano”, 1.992.
- GARRO, Alejandro y ZUPPI, Alberto: “Compraventa internacional de mercaderías”, Buenos Aires, 1.990.
- GARRONE, José “Concursos y quiebras”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.997.
- GENY, G: “Métodos de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo”. 1º ed. París 1.899.
- GHIA, Lucio “Apunti per la riforma delle procedure fallimentare”. N°1, Rivista Diritto Fallimentare, 1.997.
- GIBSON, J.L.: “The Legal cultures of europe”, en Law and Society Review. 1.996
- GILS CARBÓ, Alejandra y SALEM, Guillermo: “Salvataje de empresas en crisis”. Sociedades y Concursos en el MERCOSUR”. Ed. Ad-Hoc Buenos Aires. Diciembre 1.996.
- GILREATH, M. Cameron: “Overview and analysis of how the United Nations Model Law and Insolvency would affect United States corporations doing business abroad. Bankruptcy developments jornal, Vol. 16, N°2, Emory University School of Law, Atlanta, Georgia, Estados Unidos de América. Primavera de 2.000.
- GLENN, H. Patrick: “Legal Traditions of the World”, Oxford, 2.000
- GOLDSCHMIDT, Werner: "El art. 4º de la ley 19551", en *ED* 100 - 853
 - “Introducción al derecho”. Ed. Aguilar. Madrid. 1.962.
 - “Derecho Internacional Privado.” Editorial Depalma. Buenos Aires 1.999.

- GONDRA ROMERO, J. M.: "Reflexiones en torno a la funcionalidad del sistema concursal proyectado". Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Nº 8. Madrid. 1.985.
 - "La estructura jurídica de la empresa (El fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la Teoría general del derecho)", Revista de Derecho Mercantil, nº 228. 1.998.
- GONZALEZ CAMPOS, J. D. "Aspectos internacionales de la situación Concursal", en la Reforma del Derecho de Quiebra. Madrid. Civitas. Forum . 1.982.
- GONZÁLEZ, Flavio Floreal: "MERCOSUR – Un Balance de sus objetivos, sus logros y sus asignaturas pendientes." Revista Jurídica, La Ley, 5/11/1.998.
- GOODE, Roy: " Commercial Law". London. Penguin Books, Año 1.995.
- GORLA, Gino y MOCCIA, Luigi: "Profili de una Storia del Diritto Comparato en Italia e nel Mondo Comunicanto", 33 Rivista de Diritto Civile. 1.987.
- GORDLEY, James: "Is Comparative Law a Distinct Discipline?", 46 American Journal of Comparative Law, 1.998.
- GORDLEY, James: "*The Enforceability of Promises in European Contract Law*", Cambridge, 2.001.
- GORDON, Roger H. - MALKIEL, Burton: "Financiación de las sociedades". Hacienda Pública Española. Nº 8. Madrid. Instituto de Estudios Fiscales. Año 1.984.
- GRACIANDÍA, N., MOZZI, G.: "Constitucionalidad del art. 48 de la nueva ley concursal argentina". Publicado en Derecho Societario Argentino e Iberoamericano; VI Congreso Argentino de Derecho Societario, II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa: T. III.
- GREEN, David M.: "International Insolvency Spanning the Globe: The Intended Extraterritorial Reach of the Bankruptcy Code", 10 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 85 (Spring, 2.002).

- GRIFFITS & STUART Williams: "Insolvency of Individuals and Partnerships". London. Joudans. Año 1.988.
 - " The 1.986 Insolvency and Companies Legislation. London. Edit. By George Anger. Año 1.986.
- GRISPO, Jorge Daniel "Tratado sobre la Ley de Concursos y Quiebras, ley 24.522, comentada, anotada y concordada". Ad-hoc. Tomos 1 y 2. 1.997.
 - "Algunas cuestiones sobre concursos y quiebras", Ad-hoc, 1.996.
 - "Acuerdo Preventivo extrajudicial". Ed. La Ley 07/03/03.
- GRISPO, JORGE y BALBÍN, S.: "Acuerdo preventivo y concursamiento posterior" Ed. El Derecho. Septiembre de 2.002.
- GROSSWALD CURRAN, Vivian: "On the Shoulders of Schlesinger: The Trento Common Law of European Private Law Project", 11 European Review of Private Law, 2.003.
 - "Dealing with the Difference: Comparative Law's Potential for Broadening Legal Perspectives", 46 American Journal of Comparative Law, 1.998.
- GUYON, Y.: " Le règlement amiable des difficultés des entreprises et les salaries". Droit social. Nº 4, abril 1.985.
 - " Droit des Affaires". Paris. Economica. 1.991.
- HAIEK, María Inés, LAJE, Rodrigo, BUIS, Emiliano y BENTANCURT, María Eugenia: "La igualdad jerárquica de las fuentes en la teoría de la coordinación: Un comentario sobre el fallo "Martín y Cía. Ltda. S.A. c/Gobierno Nacional – Administración General de Puertos - " en Colección de Análisis Jurisprudencial – Derecho Internacional Privado y de la Integración. Editorial. La Ley. 2.004.
- HANSEN, R. G. And RANDALL, Thomas: "Auctions in Bankruptcy Theoretical Analysis and Practical Guidance", International Review of Law and Economics, 1.998.
- HART, Oliver D.: "Firms, Contracts and Financial Structure", Oxford, Clarendon, 1.995.

- HAY, P. "Flexibility v. Predictability and Uniformizó in Choice of Law. Reflectiononn on Current European United States Conflict of Laws". 1.991 - I.
- HENN, Harry G. – Hohn, R. Alexander: "Law of Corporations" West Publisshing Co., St. Paul. Año 1.991.
- HERDEGEN, Matthias: "Derecho económico internacional", Díké, Fundación Konrad Adenauer, Medellín, Colombia, 1.994.
- HEREDIA, Pablo: "Tratado exegético de Derecho Concursal", Tomo 1, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2.000.
 - "El acuerdo preventivo extrajudicial según las reformas introducidas por la ley 25.589", Jurisprudencia Argentina, 2.002-III. 4/9/02.
 - "El acuerdo extrajudicial, según las reformas introducidas por la ley 25589" Ed. Lexis Nexis. Septiembre de 2.002.
 - "El salvataje empresario en el concurso preventivo (art. 48, LCQ, según la reforma introducida por la ley 25.589)" Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2.003, I.
- HERZEL & SHERPO: "Biddwers & Targets-Megers and acquisitions in the US". Massachusetts Oxford. Editorial Basil Blackwell. Año 1.990
- HUBER, U.: "Creditor Equality in Transnational Bakrupcies. The United States Position". Van. J. Transnational J. 1.986.
- HOUILLON, Ph.: "Le gérese de la proposition de la loi nouvelle et les travaux parlementaires. Le nouveat Droit de défaillances des entreprises." Bajo la dirección de Frison- Roche, M. Anne. París. Dalloz. 1.995.
- IGLESIAS BUIGUES, J. L. "Ley aplicable y efectos de la quiebra en el Mercado Común - Proyecto de convenio CEE y en Derecho Español". RIE. 1.977.
 - "Competencia Judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de quiebra en el Mercado Común Europeo". REDI . 1.977.
- IGLESIAS, José Antonio: " La filosofía de la Ley de concursos y quiebras". Buenos Aires. Revista Jurídica La Ley. Año 1.995 – E.
- "Concursos y/o reformas a la Ley", Depalma, Buenos Aires, 1.995.

- IGLESIAS, José: "Concursos y Quiebras. Ley 24.522 Comentada". - Ed. Depalma, Buenos Aires, 1.995.
- ILLESCAS ORTIZ, R.: "Apuntes para una reforma de derecho concursal español". Sevilla. Boletín II del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, enero-abril 1.977.
- JACQUEMONT, André: "Manual de Droit des procédures collectives. Paris. Litec. 1.995.
- JACKSON, Thomas H.: "Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors Bargain", Yale Law Review. 1.982.
 - "Avoiding Powers in Bankruptcy", Stanford Law Review. 1.984.
 - "The Fresh Start Policy in Bankruptcy Law", Harvard Law Review, 1.985.
 - "Translating Assets and Liabilities to the Bankruptcy Forum", Harvard Law Review, 1.985.
 - "The Logic and Limits of Bankruptcy Law", Cambridge (MA), Harvard University Press, 1.986; "Of Liquidation, Continuation, and Delay: An Analysis of Bankruptcy Policy and Nonbankruptcy Rules", American Bankruptcy Law Journal, 1.986.
 - "Revisiting Auctions in Chapter 11: Comment", Journal of Law and Economics, 1.993.
- JACKSON, Thomas H. "Cases, Problems and Materials on Bankruptcy", Boston, Little Brown. 1.985.
 - "Cases, Problems and Materials on Security Interests in Personal Property", Mineola (NY) Foundation Press, 1.987.
- JAEGER JUNIOR, Augusto: "Aspectos legais da nova lei de falências brasileira" en Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Areal Ludeña, Santiago (dirs), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2.005.
- JAEGER, N.: "Il fallimento le altre forme di tutela giurisdizionale". Milano Vallardi. 1.964.

- JEANTIN M.: "Droit Commercial. Instruments de paiement et de credit. Entreprises en difficulté" 4^a ed. Paris. Dakkiz. Año 1.995.
- JAYME, E. y KOHLER, Ch.: "L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté Européenne et des Conventions de Bruxelles et de Rome », Rev. Crit. Dr. Int. Priv. 1.995.
- JIMENEZ de PARGA: " Rasgos esenciales del Anteproyecto de Ley reguladora del régimen concursal". Actualidad Jurídica. Año 1.981.
- JITTA, J. : "La codification du Droit International de la faillite ". La Haya. Belifante freres. 1895.
- JORGENSEN, Mike E.: "Who Would Gain the Real Advantage in the 2001 Bankruptcy Amendments Addressing Consumer Tax Issues?" 75 Am. Bankr. L.J., 2.001.
- JUNYENT BAS, Eduardo y MOLINA SANDOVAL, C.: "Reformas concursales, leyes 25.561, 25.562 y 25.589" Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.002.
- JUNYENT BAS, Eduardo y CHIAVASSA, Francisco: "El salvataje de la empresa, el cramdown en la ley 25.589", La Ley. Año 2.004.
- JUPPESEN, Ch. y SUMMER, I.: "Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe", 11 European Review of Private Law, 2.003.
- KAHN-FREUND, Otto: "On Uses and Misuses of Comparative Law", 37 Modern Law Review, 1.974.
- KALLER de ORCHANSKY, Berta: "Nuevo Manual de derecho internacional privado". Ed. Plus Ultra. Bs. As. 1.993.
- "Régimen de la quiebra extranacional", en La Ley. Tomo 149 – Sec. Doctrina.
- "Reflexiones sobre el art. 4 de la Ley de Concursos, antes y después de su reforma", RDCO, 1.983.
- KALMANOVITZ, Salomón: "Cuestiones de método en la teoría del desarrollo", Comercio Exterior, vol. 32, N° 5, 1.982.

- KASIRER, Nicholas: "The Common Core of European Private Law in Boxes and Bundles", 10 *European Review of Private Law*, 2.002.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "Primera aproximación a las modificaciones producidas al régimen de prioridades concursales por la ley 24.522", en DYE. N° 4.
- KEOHANE, Robert y HOFFMANN, Stanley: "Community Politics and Institutional Change" en William Wallace (edit), *The Dynamics of European Integration*, The Royal Institute of International Affairs, London, 1.990.
- KOONTZ, H.- O'DONELL, C.: "Curso de Administración moderna". McGraw-Hill. 1.979.
- KRINGS, Ernest: "Unification législative internationale récente en matiere d'insolvabilité et de faillite". www.unidroit.org y en www.uncitral.org
- KRUBGS, Ernest: "Unification législative internationale récente en matiere d'insolvabilité et de faillite", disponible en www.unidroit.org y en www.uncitral.org.
- LAQUIS, Manuel : «Compañía Swift de La Plata y la Interdependencia económica», Nota al fallo de la Corte Suprema, ED 51-223.
- LANDO, Ole: "Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts", *RabelsZ*, 2.003.
- "Principles of European Contract Law-An Alternative or a Precursor of European Legislation", 56 *RabelsZ*, 1.992.
- LANGBEIN, John: "The Influence of Comparative Procedure in the United States", 43 *American Journal of Comparative Law*, 1.995.
- LANXALONE, Luca: " Il Chapte 11 dell'US. Bankruptcy Code". *Crisis dell'impresa e salvaguardia dell'azienda*. Padova. Cedam. 1.995.
- LEBRON, Horacio: "Ley de Quiebra N° 154/69 de la República del Paraguay. Comentada" *La Ley Paraguaya*, 2° ed., Asunción, 2.002.
- LEGRAND, Pierre: "John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: a Dialogue", *American Journal of Comparative Law*, 1.998.

- "Comparer", 48 *Revue Int. Droit Comparé*, 1.996.
- "European Legal Systems are not Converging", 45 *Int. Comp. Legal Quarterly*, 1.996.
- "Against a European Civil Code", 60 *Modern Law Review*, 1.997.
- "On the Unbearable Localness of the Law: Academic Fallacies and Unreasonable Observations", 10 *European Review of Private Law*, 2.002.
- "The Impossibility of Legal Transplants", 4 *Maastrich Journal of European and Comparative Law*, 1.997.
- "The Return of the Repressed: Moving Comparative Legal Studies Beyond Pleasure", 75 *Tulane Law Review*, 2.001.
- LEMONTEY, J. : "Actualité du droit international de la faillite". *Trat. Com. de Dcho. Int. Priv.* 1986-1988. París. Sirey. 1.989.
- LEONARD, Bruce E. "Assistance Grows for International Reorganizations", 21-*MAR Am. Bankr. Inst. J.* 24, 2.002.
- LEQUETTE, Yves: "Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar", *Dalloz*, 2.002.
- LERNER, Pablo: "Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos", de *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. www.juridicas.unam.mx
 - "El Código Civil italiano de 1942 y las reformas al Código Civil argentino", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, año XXXV, núm. 103, enero-abril de 2.002.
- LIBONATI, B.: «El grupo insolvente». Firenze. 1.981.
- LIES, Geranld I.: "International Insolvency Sale of a Business in Cross border Insolvency: The United States and Germany", 10 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* 363 (Spring, 2.002).
- LINGARD, J. R.: "Corporate Rescues and Insolvencies." London. Butterworths. Año 1.986.

- LOIZAGA VIGURI, José María: "Introducción al buy-out". Dirección y Progreso. Nº 102, Biblioteca de la Universidad Complutense. www.ucm.es, 1.988.
- LÓPEZ, Gonzalo: "La nueva Ley concursal portuguesa". Revista de Derecho Mercantil. Nº 208, abril-junio 1.993.
 - "La reforma del Derecho Concursal alemán". Revista de Derecho Mercantil. Nº 215. Enero – marzo 1.995.
- LOPUCKI, Lynn: "A General Theory of the Dynamics of the State Remedies-Bankruptcy System", Wiscosin Law Review. 1.982.
 - "The Debtor in Full Control. Systems Failure notwithstanding Chapter 11 of the Bankruptcy Code?", American Bankruptcy Law Journal, 1.983.
- LORENTE, Javier Armando: "¿Sólo un acreedor "local" puede pedir la quiebra de un deudor domiciliado en el extranjero", en ED - t. 187.
 - "Nueva Ley de Concursos y Quiebras – Comentada y Anotada" Ediciones Profesionales GOWA. Buenos Aires – Argentina. 1.995.
- LORENTE Y TRUFFAT, "La extensión de la quiebra: un debate vigente, "Sociedades y concursos en el Mercosur", Ad-hoc, Buenos Aires. 1.996.
- LORENZ, Stephan y RIEHM Thomas: "Lehrbuch zum Neuen Schuldrecht", München, 2.002
- LUCHEAUX, J. M.- PITRON, M.: "La réforme relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises". Option Finance. Nº 318- 22 de agosto, 1.994.
- MAFFIA, Osvaldo: "El gran ausente: El plan de salvataje en la ley 24.522". La reforma Concursal. Ley 24.522. Homenaje a Héctor Cámara. Buenos Aires. 1.995.
 - "Nueva oportunidad perdida, más de lo mismo en materia concursal", La Ley del 11 de setiembre de 1.995 1995-D-1062. -1.995-D-1255. – 1.995-E-1107- 1.996-A-978.
- MAIRAL, Héctor: "El tratamiento de los créditos pagaderos en el extranjero bajo la ley de concursos", La Ley 1.981-C.

- MALHERBE, Jacques: "L'administratiion contrôlée des entreprises" Idées nouvelles dans le droit de la faillite. Bruxelles. Año 1.969.
- MALBRÁN, Manuel: "La extraterritorialidad de la quiebra en el caso Cía. Swift de la Plata S.A." ED 54-809.
- MALFUSSI, Carlos: "El art. 4 de la ley de concursos 19551". L.L.Tomo 149-Sec. Doct. 797/801.
- MANGAS MARTIN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D.J.: "Instituciones y Derecho de la Unión Europea", Mc Graw-Hill. 1.996.
- MANOVIL, Rafael Mariano: "El cramdown: crítica de algunos de sus aspectos societarios". Derecho Societario Argentino e Iberoamericano, VI Congreso Argentino de Derecho Societario, II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa", Tomo III, Ad hoc. 1.995.
 - "El cramdown: crítica de algunos de sus aspectos societarios, en Derecho Societario Argentino e Iberoamericano", t. III. Revista Antecedentes Parlamentarios (ley 24.522), N° 7 año 1.995.
 - "Grupo de sociedades en el derecho comparado", Ed. Abeledo Perrot,Bs As., 1.998.
- MANSILLA, H.: "Latin America and the Third World: Similarities and Differences in Development Concepts", Vierteljahresberichte, N° 68, 1.977.
- MARONDA FRUTOS, J.L.: "Proyecto de Convenio Comunitario relativo a la quiebra", Revista General de Derecho, enero –febrero 1996.
- MARKESINIS, Basil: "Comparative Law-a Subject in Search of an Audience", 53 Modern Law Review, 1.990.
- MARTÍN, J. F.: " Premières impressions de la loi nouvelle". Le nouveau droit des défaillances des entreprises. Paris. Dalloz. 1.995.
 - "Redressement et liquidation judiciaires" Encyclopedie Delmas pour la vie des affaires. 5ª ed., 1.993.
- MARTÍNEZ de PETRAZZINI, Verónica F.: "Ley de concursos y quiebras 24.522. Buenos Aires. Ed. Macchi. Año 1.995.

- MASCAREÑAS PEREZ, Iñigo: "La compra con apalancamiento (Leveraged buy-out)". Actualidad Financiera. Nº 13, 27 de marzo – 2 de abril de 1.989.
- MASELIS, I.: "Legislative harmonization and the integration of harmonized legislation into the national legal systems, within the European Community", en European Review of Private Law, 1.993.
- MATTEI, Ugo: "An opportunity not to be missed: the Future of Comparative Law in the United States", 46 American Journal of Comparative Law, 1.990.
 - "Comparative Law and Economics, Ann Harbord", 1.997.
 - "Basic Principles of Property Law: a Comparative legal and Economic Introduction", Westport, 2.000.
 - "The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco: a Study in Legal Influence", en Riles, A. (ed.), Rethinking the Masters of Comparative Law, Oxford, 2.001.
- MAYER, P.: "Droit international privé". París. Montchrestien. 4ta. Edición. 1.991.
- MEGHAH, M.: "Bankruptcy ant Liquidation". London. The banker. 1.962.
- MERRYMAN, John Henry: "On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law", en *id.* (ed.), The Loneliness of the Comparative Lawyer and other Essays in Foreign and Comparative Law, The Hague, 1.999.
- MERTENS, HANS J.: "Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff", 56 RabelsZ, 1.992.
- MENGIOZZI, Paolo: "European Community Law", 2a. ed., traducción de P. de Luca, Hague, 1.999.
- MIAJA DE LA MUELA, A. "Derecho Internacional Privado". Madrid. Atlas. 2 vols. Vol. II . Parte especial. 1.987.
- MICELI, María Indiana – BOLLERO, Florencia: "Las inadecuadas puertas de acceso al salvataje", II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia. La Cumbre, 2.000. T. I
- MICHAELS, Ralf : "Privatautonomie und Privatkodifikation", 62 RabelsZ, 1.998.

- MIDON, Mario A.: "Derecho de la Integración. Aspectos Institucionales del Mercosur". Rubinzal-Culzoni. Editores. 1.998.
- MIGUENS, Hector Jose: "International Insolvency Liability of a Parent Corporation for the Obligations of an Insolvent Subsidiary Under American Case Law and Argentine Law", 10 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 217 (Spring, 2.002).
- MORALES de SETIÉN RAVINA, Carlos F.: "Análisis de las propuestas recientes en materia de insolvencia internacional: una aproximación a sus principios y procedimientos", en Revista de Derecho Privado N° 23, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 1.999.
- MORBIDELLI, Giuseppe y PEGORARO, L.: Diritto Costituzionale Italiano et Comparato, Bologna, 1.995.
- MORELLO, Mario Augusto: "La expansión subjetiva de contratos y sentencias. A propósito de los APE y los procesos colectivos", Revista El Derecho, 17 de Marzo 2.005.
- MORRISON, Rachel: "Avoiding inherent uncertainties in cross border insolvency. Is the UNCINTRAL Model Law the answer ?" Queensland University of technology law journal. Queensland University of Tecnologi, Faculty of Law, Kelvin Grove, Queensland- Australia. Vol. 15, 1.999.
- MOSSO, Guillermo: "Cramdown y otras Novedades concursales" Ed. Argentina. Año 1.998.
- MULLERAT: "Management and Leveraged buy-outs (Adquisición de sociedades por sus propio directivos). Aspectos Jurídicos". Revista Jurídica de Cataluña. N° 2. Año 1.991.
- MUIR WATT, Horatia: "La Fonction Subversive du Droit Comparé", Revue Internationale de Droit Comparé, 2.000.
- NADELMANN, K. H. : "L Avant - projet de Convention du Marché commun faillite: les biens situés á l étranger et les problemes qu ils posent". R. Dir. Int. Priv. Proc. 1.970.

- NISSEN, Ricardo: "Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano". Ad hoc. 1.997.
 - "Ley de Sociedades Comerciales. Comentada, anotada y concordada". Ábaco, Buenos Aires, 1.994, t. 3.
- ODEAN, T.: "Are Investors Reluctant to Realize Their Losses?", The Journal of Finance, vol 53, nº 5, 1.998.
- OLIVEIRA RUIZ, M.: "El tema de la insolvencia en la agenda de UNCITRAL". RDBB, abril-junio. 1.996.
- OLIVENCIA RUIZ, M.: "La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio". Estudios del Centenario del Código de Comercio. Madrid. 1.986.
 - "Planteamiento de la reforma concursal en el Derecho español y en el Derecho comparado". Revista de la Universidad Complutense de Madrid. Nº 8. Madrid. Facultad de Derecho. 1.985.
- OPERTI BADAN, Didier: "L'Oeuvre de la CIDIP dans le Contexte du Droit International Privé Actuel", en Borrás, A. et al. (eds.), E Pluribus Unum-Liber Amicorum George Droz Hague, 1.996.
- ORCHANSKY, Sebastián y FERNANDEZ SAIZ, Pablo: "Acuerdo preventivo extrajudicial, comentario al precedente Casa Petrini SACIFI s/acuerdo preventivo extrajudicial s/ homologación", del 16/5/2002. La Ley, 2.003-A, 739.
- OROPEZA GARCÍA, Arturo: "Los esquemas latinoamericanos de integración frente al ALCA", (coord.), www.sre.gob.mx.
- ORQUERA, Juan P: "La difícil constitucionalidad del Cramdown". En Sociedades y Concursos en el MERCOSUR. Ed. Ad-Hoc. Año 1.996.
- OTAEGUI, Julio: "La extensión de la quiebra". Ed. Ábaco. Buenos Aires, 1.998.
- OTERI LASTRES, J. M.: "Aspectos societarios de la reconversión industrial". Madrid. Revista de Derecho Bancario y Bursátil. Año 1.986.
- OSORIO, Manuel: "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales". Editorial Claridad. 1.984.

- PAJARDI, Piero y autores varios: "Il Fallimento nel mondo. Panorama di sistema esecutivi concursali nelle realtà nazionali". Padova. Cedaam. Año 1.988.
 - "Codice del Fallimento." Milano. Guiffre editore. Año 1.994.
- PALMER, Vernon: "Mixed Jurisdictions Worldwide", Cambridge, 2.001.
- PAOLANTONIO, Martín Esteban, "Concurso en caso de agrupamiento", Revista de Derecho Privado y Comunitario. N°10.
- PATRICK GLENN, H.: "Harmonization of law", Foreign and private international law", en European Review of Private Law". 1.993.
- PEÑA, Felix: "Hacia una mayor transparencia y participación ciudadana", CENRA, junio de 2.003.
- PERKINS, Lisa: "A defense of pure universalism in cross border insolvencies". New York University journal of international law and politics, vol. 32, N°3. Nueva York, Estados Unidos de América, primavera de 2.000.
- PEROCHON, F.: "Entreprises en difficulté. Instrument de crédit et de paiement". 2ª ed. París. LGDJ. 1.995.
- PERUGINI, Alicia: "Aplicación del derecho extranjero de oficio y calificaciones en el derecho internacional privado argentino. La apariencia de la cuestión previa", La Ley, 1.984-D,560.
- PICKER, Ronald C.: "A Simple Noncooperative Bargaining Model of Corporate Reorganizations", 20 Journal of Legal Studies, 1.991.
- PINO, Idelfonso Ifill: "Sobre procesos de ejecución y de insolvencia" The World Bank – Foro Mundial de Jueces. Malibú, California, 19-23 de mayo de 2.003.
- PIROVANO, Antoine: "Changement social et droit negocie. De la résolution des conflicts à la conciliation des intérêts." Paris. Económica. Año 1.988.
- POGGI, Raffaella: "Prospective di Riforma» En crisi dell impresa e salvaguardia dell azienda. Padova. CEDAM. 1.995.
- PORCELLI, Luis A.: "Nuevo régimen concursal. Conversión de quiebra en preventivo". Buenos Aires. Revista Jurídica La Ley, V- 1.996.

- “No homologación del acuerdo preventivo. Propuesta abusiva o en fraude a la ley”, en revista L.L. del 10 de junio de 2.002.
- POSNER, Eric A.: “Contract Law in the Welfare State : A Defense of The Unconscionability Doctrine, Usury Laws, and Related Limitations to Freedom of Contract”, Journal of Legal Studies. 1.995.
 - “The Political Economy of the Bankruptcy Reform Act of 1.978”, Michigan Law Review. 1.997.
 - «Le droit de la faillite internationale». Zurich. Schulthess, 1.986.
- PUELMA ACCORSI, Alvaro: “Curso de Derecho de Quiebras”. Jurídica de Chile. Santiago. 1.983.
- PULGAR EZQUERRA, Juana. “La propuesta de reforma del Derecho concursal español de 12 de diciembre de 1.995”. R.D.S. Nº 6. Año 1.996.
 - “La reforma del Derecho concursal comparado y español (nuevos institutos concursales y reorganizativos)” Madrid. Civitas. Año 1.994.
 - “La quiebra transfronteriza y el nuevo reglamento europeo”. Fuente Errepar. www.legalmania.com
- QUIÑONES ESCÁMEZ, Anna y BATALLA TRILLA, Anna: “Un paso inevitable en la armonización del derecho contractual europeo: la elaboración de un derecho internacional privado común atento a los objetivos del mercado interior”, en ESPIAU, Santiago y VAQUER, Aloy Antoni. (ed.), Bases para un derecho contractual europeo, Valencia, 2.003.
- QUINTANA FERREYRA: “Concursos. Ley 19.551”, Tomo 1, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1.981.
- RABELLO, Alfredo Mordechai y LERNER, Pablo: “The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and Israeli Contract Law”, 8 Uniform Law Review, 2.003.
- RABELLO, Alfredo Mordechai: “Harmonization of Common Law and Civil Law in the Private Law of the State of Israel”, Israel Reports to the XIII International Congress of Comparative Law, Jerusalem, 1.990.

- RAGUSA MAGGIORE, Giuseppe: "Pubblico e privato nelle impresa". Dir. Fall. Nº 6. 1.984.
- RAISBERG, Claudia: "¿Cómo se verifica el crédito de un acreedor extranjero?" en Revista ERREPAR , noviembre de 2.001.
- RAJANI, S: "Corporate Insolvency" 2ª ed. London. Tolley's. Año 1.994.
- RAMIREZ, J. A.: "Derecho concursal español. La quiebra." 3 vols. Barcelona. Bosch. 1.959.
- RASPALL, Miguel Ángel: "APE: El régimen legal; defectos, virtudes y lo que nos ha enseñado", Conferencia dictada en las Segundas Jornadas Interdisciplinarias de Derecho Concursal del Centro de la República Argentina. Panel: Acuerdo Preventivo. 25 y 26 de Agosto de 2.005.
 - "Frente a la emergencia las mutuales siguen sin salvataje", Ponencia presentada en las Jornadas Nacionales de Derecho Concursal, Rosario, 17 y 18 de octubre de 2.002.
- REANU PIQUERAS, J. J.: "Administración de empresas. Una visión Actual". Madrid. Ed. Pirámide. 1.985.
- REIMANN, Mathias y LEVASSEUR, Alain: "Comparative Law and Legal History in the United States", 46 American Journal of Comparative Law, 1.998 (Supp.).
- RICCI. E.: "Lezione di fallimento". Milano, Giuffré.1.992.
- RICHARD, Efraín H: "Los arts. 43, 48 y 52: una mezcla explosiva". <http://comunidad.vlex.com/acader>.
- RIGAUX, F. : "Droit International Privé". Bruselas. Larcier. 1.979.
- RIMOLDI de LADMANN, CZAR de ZALDUENDO, DALLA VÍA, LAVOPA: "Los Nuevos Procesos de Integración Económica: Armonización Legislativa". Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires – Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja – Buenos Aires 1.999.
- RIOS SANCHEZ, de los M: "La tramitación del Convenio de quiebra de las S.A." Derecho de los Negocios. Nº 57. 1.995.

- RIPERT, G. – ROBLOT, R.: “Traité de Droit commercial”. 14^a ed. Tº 2. Paris. L.G.D.J. 1.994.
- RIVERA, Julio César: “Propuesta para un sistema concursal más eficiente”. www.rivera.com.ar
 - “Instituciones de Derecho Concursal” T. I. Ed. Rubinzal Culzoni, julio 2.003.
- ROCCO DI TORREPADULA, Nicola: “Creditore ed impresa nell’administrazione straordinaria dell grandi imprese in crisi. N° 14. 1.994.
- RODRIGUEZ, Mónica Sofía: "Armonización legislativa en materia de insolvencia internacional: una asignatura pendiente en el Mercosur?", IX Jornadas Becarios e Investigadores. Universidad de Mar del Plata. Editorial Suárez. 2.002.
 - “Algunos aspectos de la Insolvencia de las empresas internacionales y regionales", Revista Síntesis Forense N° 88 del Colegio de Abogados de San Isidro. Año 2.000.
 - "Armonización legislativa en materia de Insolvencia Internacional: La quiebra comercial en los Tratados de Montevideo de 1.940", en Revista Síntesis Forense N° 90 del Colegio de Abogados de San Isidro. 2.001.
 - “El Régimen argentino de concursos y quiebras”. Editorial Albremática. www.elDial.com - cuatro entregas meses Junio, Agosto, Setiembre y Octubre 2.004.
 - "La territorialidad en la vieja ley de quiebras", (comentario al fallo Panair do Brasil S.A. s/ quiebra), en Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2.004.
 - “La comunicación entre tribunales en la multiplicidad de procedimientos de insolvencia” Ed. Albremática – www.elDial.com – Suplemento de Derecho Internacional Privado noviembre 2.005.
- ROE, Mark J.: “Bankruptcy and Debt: A NEW Model for Corporate Reorganization”. Colum. L. Rev. 1.983 . Vol. 83.

- ROITMAN, Horacio: "Ley 24.522" en Antecedentes parlamentarios, N° 7, La Ley 1.995.
- ROITMAN, Horacio - VITOLO, Daniel: "Ley 24.522 de Concursos y quiebras", Santa Fe, 1.995.
- ROITMAN, Horacio "Concurso en caso de agrupamiento, Responsabilidad civil en el tercer milenio", en homenaje al profesor doctor Atilio A. Alterini, Abeledo Perrot. 1.997.
- ROJO, A.: "Crisi dell'impresa e crisi dei procedimenti concursali: L'esperienza spagnola". Giur. Comm. 8. 1.981.
 - " Crisis económica y sindicatura en la reforma del Derecho concursal" Crisis económica y Derecho concursal. II Jornadas de estudio de las crisis empresariales y su tratamiento. Madrid. Consejo General del Colegio de Economistas. 1.989.
 - " La tramitación escrita del convenio en la quiebra y en la suspensión de pagos". Madrid. Revista Poder Judicial. N° 33. 1.994.
 - " Materiales para la reforma de la Legislación Concursal". Boletín del Ministerio de Justicia. Suplemento al N° 1768, 15 de febrero de 1.996.
- ROJO FERNANDEZ-RIO, Ángel: "Notas para la reforma de la legislación concursal", N° 138, Rev. De Derecho Mercantil, 1.975.
- ROSENS y KING: " Review of Bankruptcy Law" The Bankruptcy Code of 1.978. International Business Laweyer, marzo 1.980.
- ROSSET, Arthur: "Unification, Harmonization, Restatement, Codification and reform in Interantional Commercial Law", 40 American Journal of Comp. Law, 1.992.
- ROSTOW. W. W.: "La economía del despegue hacia el crecimiento autosostenido", Madrid, Alianza, 1.967.
- ROUILLON, Adolfo A. N.: "Aproximación esquemática al régimen argentino de insolvencia y las reglas aplicables a los concursos con repercusión transfronteriza", International Insolvency Institute, www.iiiglobal.org.

- "Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la ley concursal argentina (a propósito de la reforma legislativa de 1983)", RDCO, diciembre de 1.984, N° 102.
- " Régimen de concursos y quiebras". Ley 24.522. 6ª ed Astrea Buenos Aires.
- "Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la Ley Concursal Argentina 24.522" Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires Año XLIII, segunda época, número 37. Octubre 1.999.
- "Concursos con repercusión transnacional – La Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Insolvencia Transfronteriza." Publicado en ANALES de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XLV, segunda época, número 38. Noviembre 2.000. y en www.iiiiglobal.org
- "¿Puede el juez argentino declarar la quiebra de una persona sin bienes en el país y domiciliada en el extranjero? El caso Proberan International Corp.", en La Ley 2.002-A.
- "Los acuerdos preconcursales antes y después de la reforma de la ley 19.551 por la ley 22.917", J. A. 5416-1.985.
- "Nueva etapa para los métodos alternativos para la solución de la insolvencia", en Derecho y Empresa nº 4, Revista de la Universidad Austral, 1.995.
- ROVELLI, Luis "La crisi dell ´impresa fra tutela del credito e interessi generali", Padova, CEDAM. 1.995.
- RUIZ DIAZ LABRANO, Roberto: "Hacia un tribunal de carácter supranacional en el Mercosur". Temas del Mercosur. N°3. Silvia Jardel. Fundación Andina. 1.997.
- SACCO, Rodolfo: "Introduzione al Diritto Comparato, 3a. ed., Turín, 1.989.
 - "Legal Formants: A Dynamic Approach of Comparative Law", 39 American Journal of Comparative Law, 1.991.

- "Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law", 39 American Journal of Comparative Law, 1.994.
- "Che cos'è il Diritto Comparato", Milano, 1.992.
- "La Circolazione del Modello Giuridico Francese", 41 Rivista di Diritto Civile, 1.995.
- SAGREZA TIZON, J. M.: "Comentario a la Ley de suspensión de Pagos. Tomo I. Barcelona. Bosch. Año 1.974.
- SAMUELS, David: "An interview with Jenny Clift. Global Insolvency and restructurin review. Law Business Resarch, Londres, Inglaterra. Septiembre a noviembre de 2.000.
- SANCHEZ CALERO, F.: "Instituciones de Derecho mercantil" 13ª ed. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1.988.
- "La posición de la Comisión con respecto a la armonización del derecho comunitario en materia de quiebras", Revista de Derecho Bancario y Bursátil, abril –junio, N° 46. 1.992.
- SANCHEZ DE BUSTAMANTE y SIRVEN, A.: "Derecho Internacional Privado". La Habana. Cultural S.A. 3 vols. Vol. II. 2da. Edición. 1.934.
- SANCHEZ LORENZO, Sixto: "La incidencia del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad en los sistemas conflictuales de los Estados Miembros", RCEA. 1.996.
- "Eficacia de la declaración de un concurso pronunciado en el extranjero: Paralización de las acciones individuales", Revista La Ley. España, 18 de abril de 1.989.
- SANCINETTI, Marcelo A.: "El art. 4º de la ley de concursos: historia e histeria de una reforma" en RDCO 1.984.
- SANIT-ALARY-HOUIN, C.: "La réforme des procédures collectives", Droit et patrimoine. Enero 1.995.
- SANDOVAL LOPEZ, Ricardo: "Derecho Comercial: La Insolvencia de la Empresa". 4ª. Edición. Jurídica de Chile. 1.995.

- "Global International Insolvency: UNCITRAL'S New Model Law, Inter-American Trade, vol. 4, nº 34. 1.997.
- SANDRI: "Il leveraged buy-out negli Stati Uniti". Il Risparmio. Nº 4. Año 1.987.
- SANTINI, G.: "Crisis empresarial en la economía de mercado". Reforma del Derecho de quiebras. Madrid. Civitas. 1.982.
- SARACHO: "Management buy-out, aspectos financieros": Dirección y Progreso. Nº 93. 1.987.
- SATTA, S.: "Instituciones del Derecho de Quiebras". Buenos Aires. Año 1.951.
- SAVATIER, R. : «Le marché commun au regard du Droit International Privé», Rev.Crit.Dr.Int.Pr. 1.960.
- SAVIGNY, Federico C. de: "Sistema de Derecho Romano Actual", Madrid, Ed. 1.979.
- SCHOLLMEYER, Eberhard «The New European Convention on International Insolvency". Bankruptcy Developments Journal, Nº 13. Spring 1.997.
- SCHWARTZ, Alan: "Security Interests and Bankruptcy Priorities: A Review of Current Theories", Journal of Legal Studies. 1.981.
 - "Products Liability, Corporate Structure, and Bankruptcy: Toxic substances and the Remote Risk Relationship", Journal of Legal Studies, 1.985.
 - "Bankruptcy Workouts and Debt contracts", Journal of Law and Economics". 1.993.
 - "Contracting About Bankruptcy", Journal of Law, Economics and Organization". 1.997.
- SCOTT, Robert: "On the Nature of Bankruptcy: An Essay on Bankruptcy Sharing and the Creditors' Bargain", Virginia Law Review, 1.989.
- SEALY, L. S.- MILMAN, D.: "Annotated Guide to the insolvency Legislation". London: CCH. 1.994.
- SEGAL, Rubén: "Acuerdos preventivos extrajudiciales". Abeledo - Perrot, 1.998.

- "Procedimientos de reorganización empresarial y derecho concursal contemporáneo en países de Europa del Este. República de Bulgaria", La Ley 1.996-A-1587.
- SILVERMAN, Ronald: "Advances en cross-border insolvency cooperation: the UNCITRAL model law on cross-border insolvency", ILSA Journal of international and comparative law, volumen 6. International Students Law Association, Washington DC Estados Unidos de América, Primavera 2.000.
- SMITH, Juan Carlos: "Los Concursos civiles en el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1.940". T 90.
- SMITS, Jan: "The Making of European Private Law", Antwerp, 2.002.
- SOINNE, Bernard: "Traité des procédures collectives". 2ª ed. Paris. Litec. 1.995.
- SPIER, Jaap y HAAZEN, Olav: "The European Group on Tort Law ('Tilburg Group') and the European Principles of Tort Law", 7 *ZeUP*, 1.999.
- STAUDENMYER, Dirk: "The Commission Action Plan on European Contract Law", 11 *European Review of Private Law*, 2.003.
- STEIN, Peter: "Legal Institutions: the Development of Dispute Settlement, London, 1.984.
- STEPANOV, V.: "Systems of legal regulation of cross border insolvency" Discussion of a draft agreement on international bankruptcy procedures in the CIS. *Review of Central and East European Law*, Kluwer Law International, Dordrecht, Países Bajos, Vol. 25, N°1/2. 1.999.
- STORY, Joseph: "Conflict of laws". 1.841. 2da. Edic.
- SULLIVAN, Teresa - WESTBROOK, Jay: "Consumer Debtors Ten Years Later: A Financial Comparison of Consumer Bankrupts 1981-1.991", *American Bankruptcy Law Journal*, 1.994.
 - "The Persistence of Local Legal Culture: Twenty Years of Evidence from the Bankruptcy Courts", *Harvard Law Review*, 1.994.

- THALLER, E. : "Des faillites en droit comparé. Avec un étude sur le règlement des faillites en droit international». París. Rousseau. 1.887.
- TILLKIN & PRIoux: "Managements buy-outs et leveraged buy-outs. Incidences de la réforme fiscal du 22 décembre de 1989, spécialement en matière de fusion". Revue de la Banque. N° 6. 1.990.
- TOMBEUR, Carlos María: "Aspectos principales de las reformas a la Ley de concursos y quiebras". Buenos Aires. L.L. Antecedentes Parlamentarios . N° 7. 1.995.
- TORRES de CRUELLS: "La suspensión de pagos". Barcelona. Bosch. 1.957.
- TRAVERS, M. : «Le droit commercial international". Vol. VII-París. Sirey. 1.935.
- TRIANTIS, George G.: "A Systems Approach to Comparing US and Canadian Reorganizations of Financially Distressed Companies", Harvard Law Journal, 1.994.
 - "Secured Debt Under Conditions of Imperfect Information", "Journal of Legal Studies", 1.992.
 - "The Interplay between Liquidation and Reorganization in Bankruptcy: The Role of Screens, Gatekeepers and Guillotines", International Review of Law and Economics". 1.996.
- TROCHU, M. : "Conflits de lois et Conflits de juridictions en matiere de faillite". París. Sirey.1.967.
- TROCKELS, F.: "Aperçu du nouveau régime juridique de l'insolvabilité en allemagne". Revue de Procedures Collectives. N° 1, 1.996.
- TRUFFAT, Daniel: "El nuevo acuerdo preventivo extrajudicial. Ley 25.589", Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2.002.
- URÍA, Rodrigo: "Derecho Mercantil". 20ª ed. Madrid. Marcial Pons. 1.993.
- UZAL, María Elsa: "Panorama actual de la regulación de la insolvencia en el derecho comparado. Análisis de la posibilidad de aplicación extraterritorial del artículo 4º de la ley 24.522", en ED 172-911.

- "Apostillas sobre la reciprocidad en el artículo 4° de la ley de concursos, las transferencias de fondos y la prueba del derecho extranjero". Suplemento de Concursos y Quiebras. La Ley. Buenos Aires, 8 de julio de 2.005.
- "El art. 4 Ley 19551. Algunas reflexiones sobre su filiación sistemática". RDCO. 1.985.
- VACAS MEDINA, L.: "Consideraciones sobre el pasado m el presente y el futuro de la reforma concursal Nº 3721". Madrid. La Ley. 1.995.
- VAGTS, Detlev F: "Harmonizing Divergent Laws: the American Experience", 3 Uniform Law Review, 1.998.
- VAISER, Lidia: "La ordenanza alemana de insolvencia: breves noticias", El Derecho 167-1175.
- VALLADAO, Haroldo: "O Desenvolvimento do Direito Internacional Privado na Legislação dos Estados Americanos" Rio de Janeiro. Año 1.947.
 - "Direito Internacional Privado" Río de Janeiro. Año 1.980.
- VALLENS, J.L. : "Le droit européen de la failite: premiers commentaires de la convention relative aux procédures d´ insolvabilite», Recueil – Dalloz Sirey, 1.995.
- VAN HOECKE, Mark y WARRINGTON, Martin: "Legal Culture, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a new Model for Comparative Law", 47 International and Comparative Law Quarterly, 1.998.
- VAN NIEKERK, Gardiol: "The Convergence of Legal Systems in Southern Africa", 35 The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, 2.002.
- VARANGOT, Juan C. "La empresa mercantil", El Derecho 4- 897.
- VENTURA, Deisy – PEROTTI, Alejandro: "El proceso legislativo del MERCOSUR". Montevideo, KAS, año 2.004.
- VERNY, J. F. - LANGET Denis: "Les propositions présentés par le CNPF el L'AFB. Prevention et traitement des difficulltés des enterprises". Paris. Revue trimestrelle association d'economie financière. Nº 25. 1.993.

- VICO, Carlos María: "Curso de Derecho Internacional Privado" Tomo cuarto – compilado por Isauro Argüello y Pedro Frutos. Biblioteca Jurídica Argentina. Buenos Aires, Año 1.939.
- VIDAL MARTINEZ, Isabel: "Crisi economica i desenvolupament de l'associacionisme de treball: la compra de empreses en dificultats per part de certs collectius de treballadors". Barcelona: Revista Económica-Banca Catalana. 1.985.
- VIEIRA, Manuel: "Curso dictado en la Academia de La Haya". Recueil des Cours. 1.970, volumen II.
- VILLANUEVA, Julia: "Concurso preventivo", Ed. Rubinzal Culzoni, 2.003.
- VÍTOLO, Daniel Roque: "Iniciación en el estudio del nuevo régimen legal de Concursos y Quiebras – Ley 24.522". Ed. AD-HOC. 1.995.
 - "Concursos declarados en el extranjero y verificación de créditos pagaderos en el extranjero". Ad Hoc. Buenos Aires, 1.996.
 - "Iniciación en el Estudio del derecho mercantil y de la empresa", Ad hoc, 1.995.
 - "Comentarios a la Ley de Concursos y Quiebras Nº 24.522. Doctrina y Jurisprudencia aplicable. Buenos Aires. Ed. Ad-hoc. 1.996.
 - "El nuevo régimen de salvataje de empresas en concurso preventivo (art. 48 de la ley 24.522)". Revista de Derecho Privado y Comunitario. Concursos y Quiebras- I. Santa Fe. Ed. Rubinzal-Culzoni. Año 1.995.
 - "Iniciación en el estudio del nuevo régimen legal de concursos y quiebras. Ley Nº 24.522". Buenos Aires. Ad-Hoc. 1.995.
 - "Introducción al régimen de concursos y quiebras". Material entregado por el autor en el Postgrado de Actualización en Concursos y Quiebras. U.B.A. Año. 2.001.
- VITTA, E.: "Corso di Diritto Internazionale Privato e Processuale". Turín. UTET. 1.987. 3a. edición.

- VOLKEN, P. « L'harmonisation du droit international privé de la faillite ». R. des C. V, Tomo 230. 1.991.
- WALMSLEY, Keith: " Company Law " 10ª ed. London. Butterworths. 1.995.
- WOISCHNIK, Jan: "Consolidación institucional del Mercosur", Diálogo Político, 1, año XXI, 2.004.
- WARREN, Elizabeth: "Reducing Bankruptcy Protection for Consumers: A Response", Georgetown Law Journal, 1.984.
 - "Bankruptcy Policy", University of Chicago Law Review, Reprinted in Bankruptcy: Legal and Financial Papers". Cambridge University Press, 1.994 and Reprinted in "Company Law", Wheeler S. Dartmouth Publishing United Kingdom.
 - "A Theory of Absolute Priority", New York University Annual Survey of American Law, 1.991.
 - "The Untenable Case for Repeal of Chapter 11", Yale Law Journal, 1.992.
 - "Why have a Federal Bankruptcy System?", Cornell Law Review, 1.992.
- WATTE, Nadide y MARQUETTE, Vanesa: "Le Règlement communautaire, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité", en Revue de Droit Commercial Belge, Unité de Droit International Privé de la Université Libre de Bruxelles, 2.001. Disponible en <http://www.dipulb.be>.
- WATSON, Alan: "Legal Transplants-An Approach to Comparative Law", 2a. ed., Georgia, 1.993.
- WEINBERG de ROCA, Inés . «Derecho de los acreedores extranjeros», RDCO. 1.985.
 - "Concursos Internacionales en la Ley 24.522", El Derecho, Tomo 170.
- WEISS, A. : "Traité théorique et pratique de droit international privé". París. Sirey. T.VI. 1.913.
- WETZLER MALBRÁN, G.: "Las Obligaciones Negociables y los procesos concursales" Ed. La Ley. Agosto de 2.004.

- WHITE, Michelle J.: "The corporate bankruptcy decision", capítulo 14 de BHANDARI Y WEISS, 1.996.
 - "The costs of corporate bankruptcy: A U.S.-European comparison", Ed. 1.996.
- WIGNY, P. : "La faillite en droit international privé". Rev. Crit. Dr. Int. Priv. 1.932, 1.933.
- WILLIAMS, Peter: " Law and Practice in Bankruptcy" 18ª ed. Londres. 1.968.
- WINTON, Andrew: "Limitation of Liability and the Ownership Structure of the Firm", The Journal of Finance, vol. 48, nº 2, junio, p 1.993.
- WITFORD, William C.: "Bargaining over Equity's Share in the Bankruptcy Reorganization of Large, Publicly Held Companies". University of Pennsylvania Law Review, 1.990.
 - "Venue Choice and Forum Shopping in the Bankruptcy Reorganization of Large, Publicly Held Companies", Wisconsin Law Review, 1.991.
 - "Corporate Governance in the Bankruptcy Reorganization of Large, Publicly Held Companies", University of Pennsylvania Law Review, 1.993.
- WURST, Walter J. E.: "La Quiebra Extranacional". Revista de Derecho Comercial y Obligaciones. 1.996.
- YIANNOPOULOS, Athanassios: "Historical Development", Kerameus, K., y Kozyke, Ph. (eds.), *Introduction to Greek Law*, 2a. ed., Deventer, 1.993.
- YAGINUMA, H. : "L'investissement et son financement", capítulo 8 de Made in Japan, H. Yoshikawa (ed.), Le Livre de Poche, Paris, 1.998.
- ZALDIVAR y otros: "Cuadernos de Derecho Societario". Ed. Abeledo-Perrot – T. I - Bs. As. – 1.978.
- ZAMUDIO, Teodora: "Economía y naturaleza de arancel en la verificación de créditos (Ley 24.522): un peaje de concurrencia procesal", en La Ley del 2-11-95.

- "Concursos y quiebras: propuesta de acuerdo por terceros cuando se rechaza la que propuso el deudor", *Periódico Económico Tributario* del 15-3-96.
- ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos J.: "Derecho de la Empresa". Buenos Aires, 1.971.
- ZELADA CASTEDO, Alberto: "Derecho de la Integración Económica Regional", BID-INTAL, Buenos Aires, 1.989.
- ZIEGEL, J. S.: "Concurrent developments in international and comparative corporate insolvency law", Oxford, 1.994.
- ZIMMERMANN, Reinhard: "The Law of Obligations", Cape Town, 1.990.
 - "Savigny's Legacy. Legal History, Comparative Law and the Emergence of a European Legal Science", 112 *Law Quarterly Review*, 1.996.
 - "Roman Law, Contemporary Law, European Law-The Civilian Tradition Today", Oxford, 2.001.
- "Breach of Contractual Remedies under the New German Law of Obligation", Rome, 2.002.
- ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon: "Good Faith in European Law", Cambridge, 2.000.
- ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein: "Introduction to Comparative Law", 3a. ed., traducción de T. Weir, Oxford, 1.998.
- ZWEIGERT, Konrad: "Methodological Problems in Comparative Law", 7 *Israel Law Review*, 1.972

DOCUMENTOS

- AA. VV: "Derecho societario argentino e iberoamericano". VI Congreso Iberoamericano de Derecho societario y de la empresa. Tº III. Buenos Aires . Ad – Hoc. Año 1.995.

- Anteproyecto de Ley Concursal: Ministerio de Justicia. Madrid: Secretaría General Técnica. Año 1.983.
- Avant – Project de Convention relative aux procedures de insolvabilite communitaires europeennes. Le Conseil, 25 de marzo de 1.991. Doc. 5419- 91 DRS 12. CFS. Note Complementaire de 28 de junio de 1.991. Doc. 7161- 91. DRS 28.CFC
- Código Civil Argentino. Ed. Abeledo Perrot.
- Acta Nº 31 del Congreso Sud-Americano de Derecho Internacional Privado instalado en Montevideo desde el 25 de agosto de 1.888 y clausurado el 18 de febrero de 1.889. Taller tipográfico de la Penitenciaría Nacional. Buenos Aires, 1.894.
- Código Dos Processos Especiais de Recuperação Da Empresa E de Falencia”. Decreto – Ley Nº 132/93, de 23 de abril. Lisboa: Casa da Moeda. Año 1.993.
- Compendio de Normas Internacionales de Derecho Privado. Ed. La Ley. Marzo 2.006.
- Compendio de Normas Internacionales de Derecho Internacional Público. Ed. La Ley. Segunda edición. Enero de 2.006.
- Convención interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado, aprobada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. Ley Nº 22.291.
- Cuadernos de Derecho y Comercio. Textos de Derecho Concursal europeo. Madrid: Consejo general de los colegios oficiales de corredores de comercio. Dykenson. Año 1.993.
- Ley Nº 19.551. Boletín Oficial del 8 de mayo de 1.972.
- Ley 22.917, Boletín Oficial de la Nación del 27 de septiembre de 1.983,
- Ley Nº 24.522. Ley de Concursos y quiebras. Buenos Aires. Ed, Macchi, 1.995.
- Ley Nº 25.563 Boletín Oficial el 15 de febrero de 2.002.
- Ley Nº 26.086. Boletín Oficial del 11 de abril de 2.006.

- Ley N° 94-475 de 10 de junio de 1994, relativa a la prevención y tratamiento de las dificultades de las empresas. Dir. Fall N° 3. 1.995.
- Ley N° 2.495 de fecha 24 de agosto de 2.003, reglamentada por Decreto Ley 27.187 del 28 de setiembre de 2.003. Bolivia.
- Mensaje de elevación del Proyecto de ley del Ministerio de Economía N° 759, de fecha 12 de mayo de 1.994.
- Diccionario Enciclopédico de Economía. Barcelona. Ed. Planeta. Año 1.980.
- Pautas Aplicables a las Comunicaciones de Tribunal -a- Tribunal en Casos Transfronterizos Adoptadas y promulgadas por el American Law Institute en Washington, D.C. el 16 de mayo de 2.000; y por el International Insolvency Institute en New York el 10 de junio de 2.001.
- Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el Mercosur”, del 17 de enero de 1.994.
- Protocolo sobre la Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no Partes en el Mercosur, del 5 de agosto de 1.994. Decisión 1/96 del C.M.C. (Ley 24.554).
- Protocolo adicional al Tratado de Asunción, Ouro Preto (Ley 24.560).
- Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur (Ley 25.663).
- Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2.000 sobre procedimientos de insolvencia. Diario oficial n. L 160 de 30 de junio de 2.000.
- Proyecto de Ley Concursal . Comisión de cultura del colegio de abogados de Barcelonas. Barcelona. Revista Jurídica de Cataluña. Año 1.981.
- Real Decreto N° 267 sobre la Quiebra, el Convenio Preventivo, la Administración Controlada y la Liquidación Forzosa Administrativa de 1.942.
- Reforma al Código de Comercio. Ley 222 de 1.995. Imprenta Nacional de Colombia. Colección Textos Oficiales.
- UNCITRAL Model Law in Cross Border Insolvency. 1.997. INSOL World: The newsletter of INSOL. International, Londres, Inglaterra, pág. 7, mayo de 2.000.

JURISPRUDENCIA

- “Adams and Adler SA s/ pedido de quiebra (por Publiestadios SA) Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial N° 26, Secretaría N° 52
- “Automundo S.A. s/ conc. prev.” Caso 106.035. CNCom., sala C, 2.003/09/09 – Publicado en La Ley – Suplemento de Concursos y Quiebra – Buenos Aires, 15 de marzo de 2.004.
- “Autopistas del Sol s/Acuerdo preventivo extrajudicial”. Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Comercial n° 17, Secretaría n° 33.
- “Austral Bank International s/ pedido de quiebra por Caramschi, José” CNCom, sala B, 20 de octubre de 1999), en ED t. 187.
- “Banco Europeo para América Latina c/Cura Hnos. S.A.”, C.S.J.N. 8 de setiembre de 1.983.
- “Belum S.A., le pide la quiebra Tecnocom San Luis S.A.”(CNCom Sala A, 11/12/1.998), en E.D. t. 185
- “CANGA S.A.” CNCom. Sala E 05/08/1998, La Ley 31/07/2.000.
- “Correo Argentino S.A.” Fallo 108.423.- CNCom., Sala B, 2.004/10/27 publicado en La Ley – Suplemento de Concursos y Quiebras – Buenos Aires, 15 de diciembre de 2.004.
- “Emplame Villa Constitución y Pavón Ltda. Coop. Agrícola, quiebra”. Cámara Civil y Comercial Rosario Sala III, 19/05/1.997. LL Litoral, 1.997-834.
- “Federal S. A. (Delbene Hnos. y Sabia Ltda.) s/ quiebra s/ inc. de medidas cautelares” El Derecho – 41.493 - T° 132.
- “Guglielmoni S.A. s/ convocatoria, incidente de verificación por French American Banking Corporation” Sala C.
- “Mefina S.A.F y de Mandatos, su Quiebra – Incidente de realización de bienes en el Uruguay”, Expte. N° 38.101, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 4 de Buenos Aires.

- “Multicanal S.A. s/Acuerdo Preventivo Extrajudicial” Juzgado Nacional de 1º Instancia en lo Comercial N° 4, Secretaría 8.
- “Panair do Brasil S.A. s/quiebra (exhorto del Brasil)”: Causa 28.946- CSJN, 5 de julio de 1972. ED, 70-387 a 391
- “RIDIWEL S.A”. Publicado en LL 2.001-A, 142.
- “Trading Americas, S.A. s/quiebras”- CNCom., Sala E, setiembre 15-983. La Ley t.1.983-D.
- “Sabate Sas S.A p/conc. p/verif. Tardía”. Mendoza. Fallo 109.121 - SC.Mendoza. sala I, 2005/04/28.. Pub. Suplemento de Concursos y Quiebras – Buenos Aires, 8 de julio de 2.005. Ed, La Ley.
- “S.I.A.P.S.A.” CNCom., sala E 02/09/1.999. J.A. 2000-III-152.
- “Sociedad Comercial del Plata S.A s/ concurso preventivo” Juzgado Nacional de 1º Instancia en lo Comercial n° 15, Secretaría 29.
- “Yves Saint Laurent Parfums - Martínez Juan Gregorio, le pide la quiebra Ives Saint Laurent Parfums”. CNCom., Sala A, febrero 1.995 – El Derecho T. 164 – 46.644