

# TENDENCIAS ACTUALES SOBRE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA: UNA VISIÓN DESDE ARGENTINA

TOMÁS M. ARAYA<sup>(\*)</sup>

Abogado por la Universidad Nacional de Rosario.  
Máster en Derecho Empresarial por la Universidad Austral.  
LL.M. por New York University.

## SUMARIO:

I. Introducción: I. Comercio internacional y globalización. Crisis con efectos en distintos países; 2. Universalidad versus territorialidad.- II. La insolvencia transfronteriza en Latinoamérica.- III. Los concursos con elementos extranjeros en la Ley de Concursos y Quiebras de Argentina: 1. Concursabilidad de deudores domiciliados en el extranjero; 2. Protección de los créditos exigibles en Argentina frente al concurso extranjero del deudor; 3. Posibilidad de abrir el concurso en Argentina como consecuencia de la declaración concursal extranjera; 4. Condición de admisibilidad en el concurso argentino del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero: Prueba de no discriminación; 5. Subordinación en la quiebra argentina de los créditos pagaderos en el extranjero y que pertenecen a un concurso extranjero frente a los créditos locales; 6. Disminución del dividendo en el concurso argentino respecto del crédito percibido parcialmente en el exterior.- IV. La insolvencia transfronteriza hoy.- V. Las sociedades no estadounidenses y el *Chapter 11*: 1. Jurisdicción de los tribunales estadounidenses. Eficacia extraterritorial; 2. Ventajas y desventajas del *Chapter 11*; 3. El caso Avianca.- VI. El caso Multinacional.- VII. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. Comercio internacional y globalización. Crisis con efectos en distintos países

El significativo y creciente flujo del comercio internacional es uno de los elementos característicos del mundo en que vivimos. Día a día, con mayor intensidad, empresas de un país mantienen relaciones comerciales con empresas o consumidores de otro país, ya sea exportando o importando mercaderías, productos o servicios. Día a día, empresas locales deciden realizar inversiones en otros países, estableciendo para tal fin representaciones comerciales, sucursales, o directamente constituyendo nuevas sociedades en dichos países.

Esta situación se ha visto claramente potenciada en los últimos años con la utilización de la Internet, que ha permitido a empresas relativamente pequeñas ofrecer sus productos o servicios a todo el mundo, accediendo de esa manera a mercados internacionales sin necesidad de realizar grandes inversiones.

En este nuevo mundo globalizado —que tiende a la integración de las economías y sociedades a medida que caen las barreras para la circulación de ideas, personas, servicios y capitales— consumidores o usuarios de cualquier parte del mundo pueden elegir entre distintos oferentes —locales o extranjeros— el producto o servicio que más les convenga.

Analicemos el caso de una empresa de los Estados Unidos de América que decide invertir en Latinoamérica en —por ejemplo— el área de las telecomunicaciones. Imaginemos el establecimiento principal en Miami y subsidiarias en Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Perú. El proyecto se organizaría mediante la constitución de sociedades anónimas en cada uno de dichos países, si bien —en realidad— desde el punto de vista económico-empresarial estaríamos ante una única empresa proveedora de servicios de comunicación integrados vinculados con Internet y servicios de *e-business*.<sup>1</sup> La empresa tendría bienes (caja, depósitos bancarios, créditos por cobrar),

<sup>(\*)</sup> Agradezco a Jacqueline S. Donaldson su valiosa colaboración para la actualización de este trabajo.

<sup>1</sup> Los hechos de este ejemplo están basados en el caso de *AT&T Latin America Corp.*, sociedad estadounidense con subsidiarias en los países nombrados. En el primer semestre de 2003, *AT&T Latin America Corp.* y sus subsidiarias se sometieron al procedimiento

empleados, proveedores y clientes (consumidores) en cada uno de dichos países. Asumamos que, en la primera etapa, el financiamiento para el proyecto sea recibido directamente por la empresa madre, ya sea con una emisión de bonos en Wall Street o con financiación otorgada por bancos estadounidenses. Dependiendo, entre otros elementos, de cuestiones impositivas, la sociedad madre aportaría los fondos en cada una de las subsidiarias mediante préstamos o aportes de capital; posteriormente, cada una de las subsidiarias podría obtener financiación de bancos locales.

Mientras el negocio funcione bien, no existirán preocupaciones por las complicaciones que puedan eventualmente presentarse ante una situación de insolvencia. Ahora bien, en caso que la situación empeore y los ingresos no alcancen para cubrir los costos financieros, deberán tomarse decisiones para salvar el negocio. Una de dichas decisiones podrá ser la presentación en concurso preventivo de la empresa, lo que generará una serie de preguntas:

- ¿Qué tribunal es competente para conocer un procedimiento de insolvencia de una empresa internacional de este tipo?
- La presentación en concurso de la sociedad madre en Miami, ¿deberá necesariamente incluir a las sociedades subsidiarias? ¿es conveniente que las incluya?
- La declaración de suspensión de juicios y ejecuciones que se produce ante todo procedimiento de insolvencia, ¿tendrá efectos en un país extranjero?; en otras palabras, ¿los acreedores "extranjeros" podrán iniciar o continuar sus juicios contra los bienes de la sociedad madre concursada, aun cuando el tribunal de los Estados Unidos ordene la suspensión de dichas acciones? En caso que no se suspendan las acciones en otros países, ¿deberá realizarse una presentación separada de cada subsidiaria en cada uno de los países? ¿es factible que existan procedimientos simultáneos de insolvencia en distintos países sobre una misma empresa?
- El síndico designado en un procedimiento concursal, ¿tendrá competencia para ejercer sus funciones y acceder a los bienes situados en otros países?
- ¿Los acreedores "locales" tendrán preferencia en la cobrabilidad de sus créditos por sobre los acreedores "extranjeros"? ¿en base a qué elementos debe considerarse un acreedor como "extranjero"?
- Si se decreta la quiebra, ¿cómo se distribuirán los bienes?; los créditos de la sociedad madre, ¿cobrarán *pari passu* con los de los restantes acreedores o serán considerados subordinados?

Estas son algunas de las preguntas que pueden surgir ante un caso de insolvencia transnacional. Como bien se ha dicho, ante esta situación, distintas clases de acreedores pretenden cobrar distintas clases de créditos ejecutando distintas clases de bienes de acuerdo a distintas leyes aplicables.<sup>2</sup> Dicha carrera entre acreedores de distintos países ejecutando bienes ubicados en distintos países puede provocar la desaparición del valor de la empresa como unidad, perjudicando así a todos los interesados: acreedores, empleados, consumidores e, incluso, al propio Estado.

Nótese que una mala regulación sobre los casos de insolvencia transfronteriza que, por ejemplo, no proteja debidamente los intereses de los inversores extranjeros jugará como un

del Chapter 11 del Bankruptcy Code. Ver: *AT&T Latin America customer restructuring plan - begins Chapter 11 process*. En: [http://www.findarticles.com/cf\\_0/m4PRN/2003\\_April\\_14/160006112/p1article.jhtml](http://www.findarticles.com/cf_0/m4PRN/2003_April_14/160006112/p1article.jhtml).

<sup>2</sup> La frase es del miembro del Superior Court of Justice de Toronto, Canadá, Justice James M. Furlley, *Litigating the commercial dispute in a globalized economy: Multi-jurisdictional disputes - A judicial perspective on globalization*, Toronto, Canadá, November 15, 2003, p. 21. En: <http://www.globalinsolvency.com/iaol/insolventcases/overview.html>.

incentivo negativo para que se produzcan nuevas inversiones. Asimismo, en caso nos encontremos con distintos procedimientos de insolvencia en diferentes países, sin que existan normas especiales para coordinar dichos procedimientos, seguramente se generarán conflictos entre los diversos fueros intervinientes. Esto irá en detrimento del valor de los activos propios de la masa, al generar mayores costos por gastos legales y por el mero transcurso del tiempo sin llevar adelante la venta de la empresa como unidad o, cuanto menos, de sus activos.

Estas cuestiones han otorgado al tema de la insolvencia internacional una importancia y actualidad impensada diez años atrás.<sup>3</sup> En los últimos años, se han celebrado acuerdos o convenciones internacionales sobre el tema, orientados fundamentalmente a alcanzar una administración equitativa y más eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de las partes involucradas (acreedores y deudor<sup>4</sup>). Entre ellos, puede destacarse la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) sobre insolvencia transfronteriza, sancionada en México, Japón, Sudáfrica, Rumania, Polonia, Montenegro, Eritrea y las Islas Vírgenes Británicas y, sustancialmente, en los Estados Unidos, que ha servido de modelo a un proyecto de reforma legislativa recientemente ingresado a la Cámara de Diputados de la Nación Argentina.<sup>5</sup> Asimismo, últimamente varias empresas (algunas de ellas latinoamericanas) han decidido llevar adelante sus procesos de reorganización concursal de acuerdo a la legislación y ante los tribunales de un país distinto al de su domicilio, lo que ha generado nuevas preguntas sobre el tema. Esta nueva concepción sobre la insolvencia extranacional se enmarca en realidad dentro de una nueva concepción sobre el Derecho Concursal en general, cuyo desarrollo excede largamente el propósito de este trabajo.<sup>6</sup>

## 2. Universalidad versus territorialidad

Para responder a las cuestiones conflictivas de insolvencia transfronteriza que antes planteábamos, existen dos teorías tradicionales: la teoría de la *universalidad* de la quiebra y la de la *territorialidad* de la quiebra.

<sup>3</sup> En palabras de A. Westbrook, un erudito norteamericano en la materia, "una ola de reforma en insolvencia (...) está dando la vuelta al mundo" [*... a wave of bankruptcy reform (...) is sweeping around the world*]. WESTBROOK, A., *A Global Solution on Multinational Default*, 98 MICH. L. REV. 1276, 1278 (2000), citado por el juez Allan L. Grepper, miembro del *U.S. Bankruptcy Court* del Distrito Sur de Nueva York. En: *Current Developments in International Insolvency Law*, que puede consultarse en [http://www.iuglobal.org/calendar/conferencias4/Current\\_Developments.pdf](http://www.iuglobal.org/calendar/conferencias4/Current_Developments.pdf). Ello se ve reflejado en las reformas introducidas por varios países a la legislación concursal local desde el año 2000. Entre otros países, cabe destacar las reformas introducidas por Argentina, Brasil, Australia, Canadá, China, Alemania, Indonesia, México, Rusia, Tailandia, los países del este Europeo, Estados Unidos, Corea y Japón.

<sup>4</sup> Este es uno de los objetivos de la Ley Modelo de UNCITRAL. La Ley Modelo puede consultarse en varios idiomas (entre ellos, el español) en: <http://www.uncitral.org/sp-index.htm>. Ver más adelante punto IV (b) de este artículo.

<sup>5</sup> Bajo el título "Régimen de insolvencia transfronteriza", el proyecto ingresó a la Cámara de Diputados de la Nación de Argentina el 19 de marzo de 2004.

<sup>6</sup> Para un análisis de los temas que se estudian en el Derecho Concursal de la actualidad, ver la introducción de los "Principios y líneas rectrices para los sistemas eficientes de insolvencia y derechos de los acreedores" del Banco Mundial, publicados en abril de 2001 (disponibles en: [http://www.worldbank.org/ita/igp\\_esp.pdf](http://www.worldbank.org/ita/igp_esp.pdf)). Precisamente, el "principio" No. 24 de dicho trabajo refiere a las "cuestiones internacionales". En la página 64 de los "Principios", se lee: "*El fenómeno de la insolvencia transfronteriza, donde la dispersión de los bienes y actividades del deudor genera una discontinuidad de intereses y pretensiones involucrando la potencial aplicación de más de un único sistema de Derecho, ha existido desde que las sociedades humanas han permitido la movilidad y el intercambio. La diversidad entre legislaciones domésticas —tanto en asuntos de detalle como en el enfoque fundamental de la insolvencia— hace esencial que los aspectos transfronterizos de la insolvencia sean resueltos. La globalización del comercio ha incrementado la incidencia de la insolvencia internacional. Más aún, la dimensión y la complejidad de tales insolvencias pueden ser lo suficientemente significativas como para suscitar el interés público acerca de los métodos a ser seguidos, a fin de lograr soluciones justas y eficientes de los problemas expuestos. Esto ha dado lugar a una aceleración de los esfuerzos regionales para tratar las insolvencias transfronterizas y a iniciativas dirigidas a producir un enfoque global para los mismos problemas*". Sobre el tema, puede verse: RIVERA, Julio César, *Revisión de Principios Estructurales del Derecho Concursal*. En: *Revista del Derecho Privado y Comercio - Concursos II-2003*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp. 9 y ss. Una descripción de las cuestiones actuales sobre la insolvencia puede verse en la "Guía Legislativa sobre la Insolvencia", adoptada por la UNCITRAL en 2004. En: <http://www.uncitral.org/en-index.htm>.

La teoría de la *universalidad* de la quiebra propugna la "*extraterritorialidad de la quiebra*": un solo tribunal debe ser el competente para conocer todas las cuestiones relacionadas con la insolvencia de un deudor, sin importar el lugar en que estén ubicados los bienes de dicho deudor y si existen o no acreedores "extranjeros".

Bajo el sistema de la universalidad, los bienes de propiedad de un deudor insolvente en un país deben ser puestos a disposición del síndico del país en que se tramita el procedimiento de insolvencia (quiebra o concurso preventivo), debiendo los acreedores de cualquier país concurrir a verificar sus créditos al tribunal concursal, sin derecho a ninguna preferencia sobre los bienes ubicados en su territorio, aun cuando dicho acreedor hubiera obtenido un embargo sobre dichos bienes. Asimismo, bajo este sistema, la ley del tribunal concursal se aplica para regular todas las cuestiones relacionadas con el deudor, inclusive los actos perjudiciales para los acreedores que se hubieran realizado entre acreedores "extranjeros" en otro país.

En el otro extremo, la teoría de la *territorialidad* de la quiebra considera que las facultades del tribunal concursal se restringen a los bienes existentes y actos realizados por el deudor dentro de las fronteras del país en que dicho procedimiento fue abierto. Esta doctrina se funda en el principio de soberanía, afirmando que cada país tiene el derecho exclusivo a dictar las normas aplicables dentro de sus fronteras.

Bajo el sistema de la territorialidad, los acreedores locales se benefician, ya que las medidas cautelares que puedan obtener sobre los bienes de un deudor insolvente se mantienen, sin que el procedimiento de quiebra foráneo tenga derecho alguno sobre los referidos bienes hasta tanto dichos acreedores no hayan visto satisfechos sus derechos.

En su aplicación práctica, estas doctrinas se acercan, surgiendo regulaciones *territorialistas* con elementos propios del sistema de la *universalidad*. Ello ocurre, por ejemplo, en Argentina donde, por un lado, se establece que el concurso declarado en el extranjero no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deben ser pagados en el país para disputarles derechos que estos pretendan sobre los bienes existentes en el territorio (criterio propio de la *territorialidad* de la quiebra); y, por el otro, se permite abrir un concurso en Argentina como consecuencia de una declaración concursal extranjera y se establece una disminución en el concurso argentino para el acreedor que hubiera percibido una parte de su crédito en el exterior (criterios propios de la *extraterritorialidad*).

## II. LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA EN LATINOAMÉRICA

El tema de la insolvencia transfronteriza en Latinoamérica no es nuevo; ya los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, así como el Código Bustamante de 1928, incorporaron normas sobre el tema.<sup>7</sup> Sin embargo, al menos en Argentina, los casos jurisprudenciales que hacen referencia a los Tratados de Montevideo para la quiebra extranacional son contados.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Adicionalmente a la bibliografía citada en la nota 15, puede verse: MICHELSON, Guillermo, *Los Concursos en los Tratados de Montevideo*, LL Tomo II, p. 55; SMITH, Juan Carlos, *Los Concursos Civiles en el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940*, ED Tomo 98, p. 923; LAZCANO, Carlos A., *Derecho Internacional Privado*, Editorial Platense, 1965, pp. 515 y ss. En el ámbito del Mercosur, puede verse: COLOMBO ARNOLDI, Paulo Roberto y CAMARGO MICHELLAN, Tais Cristina, *A Aplicação dos Princípios da Extraterritorialidade e da Unidade da Falência no Âmbito do Mercosul*. En: *Revista de Direito do Mercosul*, La Ley, 1999 (RDM 1999-5-379).

<sup>8</sup> Entre los casos que hicieron aplicación de los Tratados de Montevideo, puede verse "*Belloni S.A. le pide la quiebra a Tacovoco S.A. Ltda S.A.*", supuesto en el cual se rechazó un pedido de quiebra contra una sucursal argentina de una sociedad constituida en el Uruguay con fundamento en la falta de acreditación de la independencia económica de la sucursal (CNCCom, sala A, diciembre 11-1998, ED I, 185, p. 624). Puede también verse "*Sicameritana S.A. s. quiebra s. inc. de validez de transferencia de catálogo fonográfico*", CNCCom, sala B, 26/8/1995 (JA - 2001 - I - 148) y "*Belloni Uruguay S.A. s. conc. prev.*", CNCCom, sala B (I.L., 2003-E, 593, con nota de Miguel Angel Claro Caldeh, publicada en Sup. C y Q de LL, agosto 21, 2003).

A dicha escasa aplicación práctica debe sumarse que, en realidad, dichos Tratados no otorgan una regulación uniforme para todos los países de Latinoamérica, dado que no todos los países son parte del mismo Tratado, existiendo —inclusive— países que integran más de una convención. En efecto:

- Tratado de Montevideo de 1889: Perú, Bolivia, Colombia, Uruguay, Paraguay y Argentina.
- Tratado de Montevideo de 1940: Uruguay, Paraguay, Argentina.
- Código Bustamante: Perú, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Venezuela, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, República Dominicana, Haití y Cuba.

Si bien la regulación de la quiebra extranacional en estos tratados se adhiere al principio de la universalidad (una quiebra por cada deudor, siendo competente el juez del domicilio comercial del fallido<sup>9</sup>), el criterio de la territorialidad está presente al disponerse que —en caso existan dos o más “*casas comerciales independientes*” (según los Tratados de Montevideo) o “*establecimientos mercantiles enteramente separados económicamente*” (según la terminología usada por el Código Bustamante) en distintos territorios— podrán existir distintos juicios de quiebra, siendo competentes los tribunales de sus respectivos domicilios.<sup>10</sup>

Por otra parte, y pese a sus semejanzas, existen importantes diferencias entre dichas convenciones. Por ejemplo, el Tratado de Montevideo de 1940 establece que —ante un juicio único de quiebra— los créditos locales tendrán preferencia en el cobro respecto de aquellos localizados en otro estado sobre la masa de bienes correspondientes al estado de su localización (“principio de las preferencias locales”). Una regulación de este tipo no existe en el Tratado de Montevideo de 1889 ni en el Código Bustamante. De igual modo, los Tratados de Montevideo regulan de una manera autónoma y separada la quiebra del concurso civil.

En definitiva, sea porque la regulación no es uniforme, sea porque los problemas considerados en dichos tratados no son los hoy existentes en las quiebras transnacionales<sup>11</sup>, sea porque no todos los países de Latinoamérica son parte en dichos tratados (o algunos son parte en más de uno), las cuestiones de insolvencia transnacional distan de estar adecuadamente reguladas en Latinoamérica. En lo que hace a la situación de Argentina, por ejemplo, nuestras relaciones comerciales más importantes dentro de Latinoamérica se realizan con Chile y —fundamentalmente— con Brasil, países que no han ratificado los Tratados de Montevideo.

Finalmente, entre aquellos países que no están vinculados por tratados o convenciones internacionales (como, por ejemplo, Argentina con Brasil o con Chile), la regulación de las cuestiones de quiebra extranacional depende de la existencia de una norma especial en la ley de concursos y quiebras local dedicada a regular el tema de los concursos con elementos extranjeros.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Artículo 35 del Tratado de Montevideo de 1889, artículo 40 del Tratado de Montevideo de 1940, artículo 414 del Código Bustamante.

<sup>10</sup> Artículo 36 del Tratado de Montevideo de 1889, artículo 41 del Tratado de Montevideo de 1940, artículo 415 del Código Bustamante.

<sup>11</sup> Como bien señala Rouillon, a fin del siglo XIX se tenía principalmente en cuenta el concurso liquidativo (la quiebra) y no el reorganizativo, regulándose el tema a partir de la distribución de los activos locales dando preferencia a los acreedores domésticos o, less y llanamente, discriminando a los acreedores foráneos. Véase: ROULLÓN, Adolfo A. N., *Cooperación Internacional en Materia Concursal. La Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Insolvencia Transfronteriza*, La Ley, ejemplar del 12 de junio de 2002, p. 1 (LL 1.2002 - D - 998).

<sup>12</sup> En Argentina, el artículo 4 de la Ley de Concursos y Quiebras 24.522 se ocupa de tales cuestiones. También regula cuestiones propias del concurso con elementos extranjeros el artículo 2, inciso segundo y el artículo 3, inciso quinto de la Ley de Concursos y Quiebras.

Normalmente, estas normas especiales —cuando existen, ya que no todas las legislaciones cuentan con normas de este tipo— incorporan algunas reglas discriminatorias hacia los acreedores extranjeros, las cuales distan de ser congruentes con una política de apertura económica y la necesaria inserción de nuestros países en la economía global. Entre dichas reglas discriminatorias, la más notoria es la de las “preferencias locales”, que otorga una preferencia a los acreedores locales por sobre los acreedores titulares de créditos que deben pagarse en el extranjero; y que, por ejemplo, rigió en su plenitud en Argentina entre 1972 y 1983.<sup>15</sup> Otra regla bastante común es la exigencia de requisitos adicionales para que los acreedores extranjeros puedan ser admitidos como tales.

### III. LOS CONCURSOS CON ELEMENTOS EXTRANJEROS EN LA LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS DE ARGENTINA

Como bien señala Rouillón, en Argentina existen dos regímenes diferentes para los problemas de insolvencia transfronteriza: el de *fuente internacional* (contenido en los Tratados de Montevideo antes referidos, que se utiliza cuando existen concursos con elementos extranjeros que involucran a algunos de los países ratificantes de dichos tratados) y el de *fuente interna*, contenida en la Ley de Concursos y Quiebras 24.522 (que se utiliza para los concursos con elementos extranjeros con el resto de los países del mundo).<sup>16</sup>

Las principales disposiciones sobre el tema en la Ley de Concursos y Quiebras son:<sup>17</sup>

#### 1. Concursabilidad de deudores domiciliados en el extranjero<sup>18</sup>

Esta norma representa una excepción al principio general, en virtud del cual los jueces concursales argentinos solo son competentes para conocer el concurso preventivo o declarar la quiebra de las personas físicas o jurídicas con domicilio en Argentina.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Si bien la norma que estableció las “preferencias locales” había sido incorporada en 1972, la misma alcanzó notoriedad e importancia a partir de los años ochenta, cuando numerosas empresas argentinas debieron acudir a la solución concursal como consecuencia de la crisis en que entró el país. En dichos concursos, los acreedores que habían establecido, el exterior como lugar de pago en sus contratos (normalmente, Estados Unidos de América) vieron postergados sus derechos de cobro, dado que la redacción del artículo 4 de la entonces vigente Ley de Concursos y Quiebras 19.551. Esta situación culminó en 1983 con la Ley 22.905 que, al reformar la Ley de Concursos y Quiebras, restringió notoriamente el sistema de las “preferencias locales”. A partir de dicha reforma, la preferencia a favor de los créditos “locales” rige exclusivamente en caso de quiebra (no concurso) y solo frente a los “créditos pertenecientes a un concurso en el extranjero”, con lo cual su aplicación práctica es casi nula. Entre otros, sobre el tema puede verse: BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, Tomo 2, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 2001, pp. 758 y ss.; MAIRAL, Héctor, *El otorgamiento de los créditos pagaderos en el extranjero bajo la ley de concursos*, LL 1981 - C - 1190; SANCINETTI, Marcelo, *El artículo 4 de la Ley de Concursos. Historia e Historia de una Reforma*, RDCO año 17, 1984, p. 139; BIDART CAMPOS, Germán, *La Ley Concursal y los Créditos Pagaderos en el Extranjero*, nota al fallo “Banco Europeo”, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ED, t. 105, p. 393.

<sup>16</sup> Cfrms. ROUILLÓN, Adolfo A. N., *Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la Ley Concursal Argentina 24.522. En Separato de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, octubre 1999, Anticipo de “Anales” - Año XLIII, Segunda Época, No. 37.

<sup>17</sup> La descripción que sigue está basada en el trabajo de ROUILLÓN, Adolfo A. N., *Ob. Cit.*, en nota 16, p. 3. Sobre el tema, puede consultarse: MANÓVIL, Rafael Mariano, *Grupos de Sociedades (en el Derecho Comparado)*, Abeledo - Perrot, 1998, Buenos Aires, pp. 1162; y ss; UZAL, María Elsa, *Panorama Actual 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*, ED t. 172, p. 911; WEINBERG DE ROCA, Inés M., *Concursos Internacionales en la Ley 24.522*, ED t. 176, p. 979; WÜRST, Walter J. E., *La quiebra Extranjera*, RDCO año 29, 1996, p. 443; RODRIGUEZ TISSERA, Carlos A., *Consideraciones Generales Acerca de la Quiebra Extranjera*, LL 2001 - D - 1262; ROUILLÓN, Adolfo A. N., *Convenciones de Derecho Internacional Privado en la Ley Concursal Argentina (a propósito de la reforma legislativa de 1983)*, RDCO año 17, 1984, p. 781; RADZYMINSKY, Alejandro P., *Sistema de Derecho Internacional Privado Concursal Argentino*, RDCO año 23, 1990 - A, p. 199; Heredia, Pablo D., *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Tomo 1, Buenos Aires, 2006, pp. 284 y ss.

<sup>18</sup> Artículo 2, inciso segundo, de la Ley de Concursos y Quiebras. Esta norma menciona, entre las personas que pueden ser declaradas en concurso, a “(L...) los deudores domiciliados en el extranjero respecto de sus bienes existentes en el país”.

<sup>19</sup> Cfrms. ROUILLÓN, Adolfo A. N., *Ob. Cit.*, Nota 15, p. 5.

El artículo 2 de la Ley de Concursos y Quiebras otorga jurisdicción al juez argentino para abrir el concurso o declarar la quiebra del deudor domiciliado en el extranjero con efectos exclusivos respecto de los bienes situados en Argentina, sin que existan efectos sobre los bienes de propiedad de dicho deudor situados en otro país. Como bien señala Alegria, no es necesario en este caso acreditar que los bienes constituyen un establecimiento, independiente o no, ni la importancia relativa que tengan con relación al patrimonio general.<sup>18</sup>

Tradicionalmente, se consideró esta norma como aplicable exclusivamente a un supuesto de quiebra.<sup>19</sup> Recientemente, sin embargo, la jurisprudencia aceptó peticiones de concurso preventivo de deudores domiciliados en el extranjero, respecto de los bienes ubicados en el país.<sup>20</sup>

El juez competente para entender el concurso será el del lugar de la administración en el país y, a falta de este, el del lugar del establecimiento, explotación o actividad principal (cfrme. al artículo 3 inciso quinto de la Ley de Concursos y Quiebras). En los casos que la petición sea formulada en mérito a lo dispuesto por el artículo 65 (agrupamiento) o 68 de la Ley de Concursos y Quiebras (garantes), el juez para conocer la petición será el competente conforme lo dispuesto en dichas normas.

La jurisprudencia es divergente acerca de si la previa comprobación de la existencia de bienes en el país es o no requisito de admisibilidad para un pedido de quiebra contra una sociedad domiciliada en el extranjero. El criterio imperante en la Cámara Nacional Comercial pareciera ser que la declaración de quiebra de un deudor domiciliado en el exterior no está supeditada a la previa comprobación de la existencia de bienes en el país.<sup>21</sup> Existen, sin embargo, importantes

<sup>18</sup> ALEGRIA, Héctor, *Extraterritorialidad de los Concursos*. En: *Revista Lecciones y Ensayos*, No. 47, 1987, p. 34 (citado por Pablo Heredia, Ob. Cit., p. 252).

<sup>19</sup> Cfrme. ROULLÓN, Adolfo A. N. En: *Reformas al Régimen de los Concursos*, Astrea, Buenos Aires, 1986, pp. 21 y ss. (citado por DI TULLIO, José A. y RUIZ, Sergio G., en: *Concurso de Bienes del Deudor Domiciliado en el Extranjero*, JA 2000-IV-118, quienes también participan de tal postura).

<sup>20</sup> El caso más conocido es *Great Brands, Inc.*, en el cual la sala "C" de la Cámara Nacional Comercial revocó un fallo de primera instancia del Juzgado Nacional en lo Comercial No. 16 (a cargo del Dr. Alfredo Killiker Frees) que había rechazado una petición de apertura de concurso preventivo de una sociedad domiciliada en el exterior que pretendía la apertura de su concurso invocando su calidad de garante del concursado. El principal fundamento del Dr. Killiker Frees había sido que, por tener la sociedad su única actividad en Argentina, debía aplicarse el artículo 124 de la Ley de Sociedades Comerciales, lo cual llevó al magistrado a considerar a la sociedad (que tenía un solo accionista) como no "(...) persona de existencia visible ni de existencia ideal (por no ser sociedad) para la ley argentina (...)", por no cumplir con el requisito tipificante de la pluralidad de socios, careciendo por ello de aptitud concursal. La Cámara Nacional Comercial, sala "C", revocó la sentencia de primera instancia, reafirmando el principio de que las personas jurídicas se rigen, en cuanto a su existencia y forma, por las leyes del lugar de constitución, sin que correspondiera en este caso aplicar el artículo 124 de la Ley de Sociedades Comerciales ("Great Brands, Inc. s. concurso preventivo"). Los fallos de primera y segunda instancia pueden verse en ED del 19.05.03 (ED 202-303), con comentario de RAMAYO, Raúl Alberto, *La Sociedad Comercial Extranjera y el Orden Público Internacional*. El fallo de Cámara está publicado en LL del 27.05.03 y es el Suplemento de Concursos y Quiebras de LL de 29 de mayo de 2003, p. 74 (LL 2003-C-788), con comentario de MANÓVIL, Rafael Mariano, *Una Ajustada Interpretación del Artículo 124 de la Ley de Sociedades*. Sobre el tema, puede también verse: ROCA, Eduardo A., *Orientación en el Confuso Campo de la Sociedad Extranjera no Inscripita*. En: *Revista del Derecho Privado y Comunitario - Concursos II - 2003*, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, pp. 31 y ss. y VITOLO, Daniel Roque, *Las Sociedades Constituidas en el Extranjero y su Acceso a los Procesos Concursales*. En: *Revista de las Sociedades y Concursos No. 24*, setiembre - octubre 2003, pp. 15 y ss., (sosteniendo que la posibilidad de presentarse en concurso preventivo para una sociedad domiciliada en el exterior debe aceptarse exclusivamente cuando dicha sociedad integre un conjunto económico con o sea garante de una persona o sociedad local). Vtolo menciona, además de Great Brands Inc, los casos de OCA Holding Gibraltar S.A. (sociedad constituida en Gibraltar e inscrita en el Registro Público de Comercio bajo el artículo 123 de la Ley de Sociedades y Belforte Uruguay S.A., sociedad uruguay que tenía establecimiento sucursal en la República Argentina (LL, 2003-E, 393) (VITOLO, Daniel R., Ob. Cit., pp. 29 y ss). Puede también verse: VITOLO, Daniel Roque, *Sociedades Extranjeras y Off Shore*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 269 y ss.

<sup>21</sup> *Pacesetter System Inc. s/pedido de quiebra por Pacesetter S.A.*, CNCom, Sala C, abril-10, 1993 (L 1993-B-2447); reafirmando esta posición, *Proberan Internacional Corp S.A. s. ped. Quiebra por Braticovich Jorge*, CNCom, Sala D, abril 13, 2000 (LL t. 2001 - B - 101 y en JA 2000-IV-115), donde se afirmó: "Es inadmisible rechazar el pedido de quiebra de un deudor domiciliado en el extranjero que no tiene bienes en el país —en el caso, una sucursal extranjera que no tiene asignado capital—, con fundamento

opiniones en sentido contrario, esto es, afirmando que para que el juez argentino pueda ejercer su jurisdicción internacional, el acreedor debe tener bienes situados en Argentina, criterio al que nos adherimos.<sup>22</sup> Asimismo, hay jurisprudencia que acepta la jurisdicción argentina en estos casos solo cuando el peticionario es un acreedor "local", esto es, pagadero en la República Argentina.<sup>23</sup>

## 2. Protección de los créditos exigibles en Argentina frente al concurso extranjero del deudor<sup>24</sup>

La regla es que el concurso extranjero no puede ser invocado en Argentina para disputar derechos a los acreedores "locales" sobre los activos existentes en Argentina. Tampoco podrá invocarse el concurso extranjero para anular o privar de efectos los actos celebrados en Argentina por el deudor.

Esta norma es una clara representación de la doctrina de la "territorialidad del concurso extranjero": en su faz práctica autoriza, por ejemplo, a que los acreedores "locales" puedan continuar sus acciones individuales contra el deudor concursado en el exterior, sin respetar la resolución judicial que dispone la suspensión de todas las acciones de los acreedores tendientes al cobro de sus acreencias.<sup>25</sup>

## 3. Posibilidad de abrir el concurso en Argentina como consecuencia de la declaración concursal extranjera<sup>26</sup>

Esta norma otorga una "extraterritorialidad limitada de la sentencia concursal extranjera"<sup>27</sup>, al disponer que dicha sentencia podrá ser utilizada por los acreedores "locales", o por el propio deudor, para abrir un procedimiento concursal en Argentina, sin necesidad de acreditar la cesación de pagos del deudor.

El supuesto se encuentra previsto en los Tratados de Montevideo, si bien limitado a un supuesto de quiebra.<sup>28</sup> La Ley Modelo de la UNCITRAL incluye una disposición similar, estableciendo que —salvo prueba en contrario— el reconocimiento de un procedimiento extranjero

---

en el artículo 2 inciso 2 de la Ley 24.522, pues la falencia puede producir otros efectos, como es la extensión a otros sujetos, la responsabilidad de terceros no fallidos, e incluso su proyección hacia el extranjero".

<sup>22</sup> En este sentido, ver: BOGGIANO, Antonio, Ob. Cit., pp. 689 y ss. (refiriéndose a un "fidei de patrimonio") y ROUILLÓN, Adolfo A. N., Ob. Cit., nota 15, p. 6, quien sostiene que la jurisdicción internacional del juez argentino está condicionada no solo a la existencia de bienes en el país, sino también a la existencia de acreedores "locales". Cumpre dicha opinión HEREDIA, Pablo D., Ob. Cit., p. 253. En la jurisprudencia, ver el voto disidente de Antonio Boggiano en autos "Pacesetter System Inc. s/ pedido de quiebra por Pacesetter S.A.", CSJN, junio-9, 1994, voto en disidencia de Boggiano (Fallos 317-625), donde se afirmó: "Para que el juez argentino pueda ejercer su jurisdicción internacional, el acreedor peticionario del concurso debe denunciar bienes situados en Argentina. De lo contrario, se desnaturalizaría el sentido de la norma, pues podría someterse a juicio ante los tribunales argentinos a una entidad completamente ajena a nuestro país que debería soportar igualmente un proceso de jurisdicción extranjera, lo que compromete la garantía de defensa en juicio contemplada en el artículo 18 de la Constitución Nacional".

<sup>23</sup> "Austral Bank Internacional s. ped. de quiebra por Curamschi, José", CNCom, sala B, octubre 20, 1999, I.L. 4. 2000-C-539.

<sup>24</sup> Artículo 4, primer párrafo, segunda oración, de la Ley de Concursos y Quiebras: "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".

<sup>25</sup> Cífrase. ROUILLÓN, Adolfo A. N., Ob. Cit., nota 15, p. 10.

<sup>26</sup> Artículo 4, primer párrafo, primer oración, de la Ley de Concursos y Quiebras: "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".

<sup>27</sup> Cífrase. ROUILLÓN, Adolfo A. N., Ob. Cit., nota 15, pp. 3 y 10.

<sup>28</sup> Ver el artículo 39 del Tratado de Montevideo de 1889 y el artículo 45 del Tratado de Montevideo de 1940.

principal constituirá prueba válida de que el deudor es insolvente a efectos de un procedimiento local de insolvencia.<sup>29</sup>

#### 4. Condición de admisibilidad en el concurso argentino del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero: prueba de no discriminación<sup>30</sup>

A fin de ser admitido en el concurso abierto en Argentina, el acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero (un crédito "extranjero" a estos fines) debe demostrar que un crédito pagadero en Argentina (un crédito "local") sería reconocido y podría cobrarse en iguales condiciones en un procedimiento concursal abierto en el país en el cual el crédito "extranjero" es pagadero.

Esta es la llamada "regla de la reciprocidad", incorporada a la legislación concursal argentina en el año 1983. Los principales problemas planteados por esta norma son: (i) cuándo debe considerarse que un crédito es pagadero en el extranjero; (ii) quién tiene a su cargo la prueba del derecho extranjero; y, (iii) de qué manera corresponde acreditar dicho derecho.

Sobre la primera cuestión, la jurisprudencia ha señalado que debe considerarse "crédito pagadero en el extranjero" aquel que es "exclusivamente" pagadero fuera de Argentina, sin que se haya pactado un lugar alternativo de pago en dicho Estado.<sup>31</sup>

Respecto a la segunda cuestión, y luego de algunas discusiones sobre el tema, se ha impuesto la siguiente interpretación: no es ineludiblemente una carga del acreedor la acreditación de que el Derecho extranjero no discrimina a los acreedores "locales", sino que el juez está habilitado para examinar y aplicar de oficio precedentes nacionales que ya han aceptado la no existencia de discriminación.<sup>32</sup> En este sentido, recientemente se ha señalado que: "(...) el Tribunal no puede desprenderse del conocimiento de la situación general de las legislaciones falimentarias, donde la regla es la existencia de reciprocidad y de igualdad de trato o no discriminación entre acreedores 'locales' y 'extranjeros', pauta acorde con el fenómeno globalizador y de fomento a las transacciones internacionales que repugna este tipo de diferenciaciones, y que en los sucesivos tratamientos doctrinarios llevan a recomendaciones de derogación de tales pautas discriminatorias".<sup>33</sup>

<sup>29</sup> Artículo 31 de la Ley Modelo (ver más adelante punto IV (d) de este artículo).

<sup>30</sup> Artículo 4, tercer párrafo, de la Ley de Concursos y Quiebras: "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". Con la última reforma del año 2002, se incorporó una oración final al cuarto párrafo de este artículo 4, mediante la cual se excluyó de acreditar la reciprocidad a "(...) los titulares de créditos con Garantía Real". Sobre el tema, puede verse: DI TULLIO, José A. y RUIZ, Sergio Gabriel, *Verificación de Créditos Extranjeros: Cláusula de Reciprocidad*. En JA 2000 - IV - 981, *passim*.

<sup>31</sup> Trading Americas S.A. s. quiebra, CNCom, sala E, setiembre 15-983, LL 1983 -D- 421, con voto de Antonio Boggiano. Puede verse: BOGGIANO, Antonio, *Lugar de Pago de las Obligaciones Internacionales en Masada Extranjera*. En RDCO 1985-29.

<sup>32</sup> Banco Integrado Departamental Coop. Ltdo s. quiebra (expediente No. 1379/95), Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial No. 3 en lo Civil y Comercial, Segunda Nominación de Vesado Tuerto (provincia de Santa Fe), citado por Adolfo A. N. Roullón, Ob. Cit., pp. 17 y 18. Más fallos en este sentido, pueden consultarse en Digesto Práctico La Ley - Ley de Concursos y Quiebras, dirigido por Adolfo A. N. Roullón, Tomo I, pp. 101 y ss.

<sup>33</sup> "Banco Suquia S.A. s. concurso preventivo", Sentencia No. 273 del 29 de agosto de 2003 dictada en mérito al artículo 36 de la Ley 24.522 por la Dra. Verónica Martínez de Petrazzini, Titular del Juzgado de la Trigésima Novena Nominación Sociedades y Concursos No. 7 de la ciudad de Córdoba (no publicada), que aceptó considerar como "hecho notorio" la no existencia de discriminación en el Derecho extranjero, lo que le permitió aplicarla de oficio. Entre sus fundamentos, señaló la magistrada que: "(...) si el Tribunal, a lo largo de su experiencia en el tratamiento de acreedores locales en el Derecho extranjero, conoce de tal reciprocidad, de oficio habrá de tener por cumplido el requisito de la reciprocidad. También se destaca la facilidad de que el Tribunal, de oficio, investigue acerca de la reciprocidad con los medios a su alcance. Tal solución es explícitamente reconocida por el artículo 377 del C.P.C.C.N., que establece que si la ley extranjera invocada no hubiera sido probada por alguna de las partes, el juez podrá investigar su existencia y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio (...)", En dicha Resolución, la Dra. Martínez de Petrazzini tuvo por cumplido el requisito de la reciprocidad respecto de un acreedor cuyo crédito era pagadero en la República Federal de Alemania, "(...) utilizó las facultades investigativas que reservamos expresa, que determinan la

Finalmente, sobre la manera para acreditar dicha no-discriminación, los tribunales argentinos aceptan hoy memorándums o dictámenes legales de profesores y/o abogados de otros países.

5. **Subordinación en la quiebra argentina de los créditos pagaderos en el extranjero y que pertenecen a un concurso extranjero frente a los créditos locales<sup>23</sup>**

Cuando existen, simultáneamente, una quiebra liquidativa en el país y otro procedimiento concursal en un país distinto, un acreedor perteneciente a este concurso en el extranjero resulta subordinado o postergado en sus derechos frente a los restantes acreedores locales. El acreedor perteneciente al concurso en el extranjero solo podrá cobrar sobre el "saldo, una vez satisfechos los restantes acreedores locales".

Esta regla tiene escasa aplicación en la práctica, ya que, en los hechos, en una quiebra liquidativa jamás hay saldo.<sup>24</sup>

6. **Disminución del dividendo en el concurso argentino respecto del crédito percibido parcialmente en el exterior<sup>25</sup>**

La última regla aplicable a los concursos con elementos extranjeros es la "regla de la paridad en los dividendos". Esta busca igualar al acreedor que obtuvo un beneficio propio mediante el cobro de parte de su crédito en el exterior con aquellos acreedores que respetaron el procedimiento del concurso argentino.

El supuesto es el del acreedor que fracciona su crédito, verificando en Argentina una parte (por ejemplo, el 50%) e iniciando acciones en el exterior por el restante 50%. En caso que el acreedor pudiera cobrar la totalidad de lo reclamado en el exterior, se permitiría una desigualdad respecto de aquellos acreedores que, respetando el procedimiento concursal argentino, no iniciaron acciones tendientes a la satisfacción de sus créditos. Por ello, ante este supuesto de "fraccionamiento", la Ley de Concursos y Quiebras dispone que aquel acreedor que cobró en el exterior parte de su crédito, verá disminuido el cobro de su crédito en Argentina por la proporción ya cobrada, teniendo en cuenta el total de su crédito (es decir, el monto verificado en Argentina y el monto perseguido en el exterior). Una disposición de este tipo se encuentra en la Ley Modelo de UNCITRAL (artículo 32).

#### IV. LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA HOY

Siguiendo a Rouillón, cabe señalar que los principales problemas estudiados en la actualidad bajo la temática de la insolvencia transfronteriza son:

- el reconocimiento en un país de un procedimiento extranjero de insolvencia;
- el acceso a la justicia de los administradores de esos procedimientos extranjeros de insolvencia; y

---

*facultad de que el Tribunal ex officio investigue y aplique el Derecho extranjero, y teniendo a la vista el artículo 328, inciso 1, número 3 del Código Procesal Alemán, y jurisprudencia de ese Estado en la materia, debe tenerse por cumplido el requisito de reciprocidad a que alude el artículo 4 de la Ley de Concursos y Quiebras (...)*

<sup>23</sup> Artículo 4, segundo párrafo, de la Ley de Concursos y Quiebras: "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 aquél".

<sup>24</sup> Cfme. ROUILLÓN, Adolfo A. N., Ob., Cit., Nota 15, p. 19.

<sup>25</sup> Artículo 4, cuarto párrafo, de la Ley de Concursos y Quiebras: "Los cobros de créditos quirográficos con posterioridad a la apertura del concurso nacional, efectuados en el extranjero, serán imputados al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causa de créditos comunes".

- la cooperación internacional entre jueces concursales locales y extranjeros.<sup>37</sup>

Estos problemas, que han sido resumidos en la dificultad para alcanzar una "(...) 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 su valor en funcionamiento y preservar empleos (...) "<sup>38</sup>, son muy distintos a los problemas existentes al tiempo de la redacción del primer Tratado de Montevideo. Como bien se ha dicho, en esa época (fin del siglo XIX) se tenía principalmente en cuenta el concurso liquidativo (la quiebra), enfocándose la cuestión de la distribución de ciertos activos locales dando preferencia a los acreedores domésticos o, lisa y llanamente, discriminando a los acreedores foráneos.<sup>39</sup>

Cuando se habla hoy de quiebra extranacional, ya no se habla tanto de territorialidad o universalidad, sino de cooperación internacional, que presupone un foro central localizado en un país, complementado por procedimientos localizados en otro u otros países. Como se ha señalado, la cooperación internacional "implica una solución realista a los conflictos suscitados por la universalidad y la territorialidad, y en los hechos combina ambos principios maximizando sus ventajas y minimizando sus debilidades".<sup>40</sup>

Con excepción de México (que al reformar su legislación concursal en el año 2000 adoptó la Ley Modelo de UNCITRAL), los restantes países de Latinoamérica no cuentan con un marco legislativo adecuado para abordar los problemas de la insolvencia transfronteriza en forma adecuada a las necesidades del comercio internacional. Esta situación —en la que también se encuentran muchos otros países del mundo<sup>41</sup>— ha llevado a que en los últimos años hayan surgido nuevas convenciones internacionales sobre insolvencia transfronteriza, entre las que cabe mencionar:

a) *International Bar Association IBA—Comité J— Insolvency and creditors' rights: "Cross-border insolvency concordat"*

El "concordato de insolvencia transfronteriza" ("cross-border insolvency concordat") fue elaborado por el "Comité J" de la *International Bar Association* (IBA), recibiendo la aprobación de su consejo en mayo de 1996.

<sup>37</sup> Cfme. ROUILLÓN, Adolfo A. N., Ob. Cit., Nota 11, p. 1. En el derecho comparado, puede verse: LAWRENCE WESTBROOK, Jay, *Multinational Enterprises in General Default: Chapter 15, the ALI Principles and the EU Insolvency Regulation*, 76 Am. Bankr. L.J. 1 y, del mismo autor, *A global Solution to Multinational Default*, 98 Mich. L. Rev. 2276.

<sup>38</sup> La frase es de ROUILLÓN, Adolfo A. N., Ob. Cit., Nota 11, p. 1.

<sup>39</sup> Cfme. ROUILLÓN, Adolfo A. N., Ob. Cit., Nota 11, p. 1.

<sup>40</sup> Así se lee en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Sobre Insolvencia Transfronteriza de la República Argentina del año 2002. El Anteproyecto puede verse, en: <http://www.iglobal.org/topics/pending.html>.

<sup>41</sup> En los antecedentes de la Ley Modelo de UNCITRAL se lee: "La incidencia cada vez mayor de la insolvencia transfronteriza refleja la creciente expansión mundial del comercio y de las inversiones. Ahora bien, el Derecho interno se ha rezagado en gran medida de esta evolución, por lo que no está en condiciones de atender a las necesidades de la insolvencia transfronteriza. Ello da lugar a soluciones jurídicas inadecuadas y desequilibradas, que dificultan la rehabilitación de empresas en dificultades financieras, no facilitan una administración eficiente y equitativa de las insolvencias transfronterizas, impide la protección de los bienes del deudor insolvente contra su dispersión y obstaculiza la optimización del valor de esos bienes" (ver Antecedentes, dentro del punto IV, Características principales de la Ley Modelo, en la Guía para la incorporación al Derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza, disponible en: <http://www.uncitral.org/ftp/index.htm>). Los principales temas de la Ley Modelo están descritos más adelante en este artículo (punto 4 (d)). Esta situación se ha ido modificando en forma paulatina. Ciertos países han optado por directamente adoptar la Ley Modelo (México, Japón, Sudáfrica, Rumania, Polonia, Montenegro, Eritrea, y las Islas Vírgenes Británicas). Cabe destacar que, recientemente, la Ley Modelo ha sido sustancialmente incorporada como *Chapter 15* al *Bankruptcy Code* de los Estados Unidos. Asimismo, otros países han reformado sus legislaciones internas incorporando normas sobre quiebra extranacional o transfronteriza inspiradas —en lo sustancial— en la estructura de la Ley Modelo y del Reglamento UE 1346/2000. Entre estos países, puede mencionarse a España y su reciente Ley Concursal 22/2003, que, en su Título IX "De las normas de Derecho Internacional Privado" (artículos 199 al 230), trata el tema de la ley aplicable (Capítulo II), del reconocimiento de

El objetivo del "concordato" era proveer un marco de principios generales para tratar insolvencias transfronterizas, en una época en que todavía no se habían concluido los trabajos de la Ley Modelo de la UNCITRAL. Como se lee en la introducción a los diez principios que constituyen el "concordato", se trataba de una "medida provisional hasta que los tratados o leyes especiales sean adoptados por los países; su intención es guiar a los jueces y abogados en la armonización de las insolvencias transfronterizas".

La necesidad de contar con una serie de principios de coordinación entre tribunales de distintos países surgió con claridad en 1991, en el conocido caso Maxwell, que implicó por primera vez la coexistencia de dos procedimientos principales de insolvencia ante tribunales de distintos países, como eran los de Estados Unidos (Nueva York) y el Reino Unido (Londres).<sup>42</sup> A fin de coordinar dichos procedimientos, los "joint administrators" designados por el tribunal de Londres y el "examiner" designado por la Corte de Nueva York firmaron un "protocol", que fue luego aprobado judicialmente. El protocolo regulaba distintas cuestiones que hacían a la coordinación de ambos procedimientos de insolvencia a fin de evitar conflictos entre ambos tribunales que finalmente irían en contra del interés de todas las partes: maximizar el valor de la empresa a fin de obtener un mayor valor para satisfacer los créditos de los acreedores.

Dado el éxito que la suscripción del protocolo tuvo en este caso, a partir de entonces su uso fue común en la mayoría de casos de quiebra extranacional que llegaron a los tribunales norteamericanos, fundamentalmente por parte de los jueces de Estados Unidos y Canadá, así como los de Estados Unidos y el Reino Unido.<sup>43</sup>

b) Los principios de cooperación en casos de insolvencia transnacional entre países miembros del North America Free Trade Agreement (NAFTA) del American Law Institute (ALI-Transnational Insolvency Project: "Principles of cooperation in transnational insolvency cases among the members of the NAFTA")

Aprobados en mayo del 2000 por el American Law Institute, estos principios se dividen en tres partes. En primer lugar, los principios generales, entre los que resaltan: (i) la cooperación que debe existir entre los tribunales y los síndicos en situaciones de insolvencia internacional; (ii) el reconocimiento que debe dársele a un procedimiento de insolvencia en los países del NAFTA; y, (iii) la no discriminación que debe existir hacia acreedores con motivo de su nacionalidad, residencia o domicilio.

En segundo lugar, los principios procedimentales que describen los procedimientos para lograr la aplicación de dichos principios generales y refieren a situaciones prácticas de cooperación entre los tribunales de los tres países, conforme la legislación vigente.

Finalmente, las recomendaciones legislativas, que sugieren modificaciones legislativas en los Derechos internos de los países, a fin de alcanzar un mayor grado de cooperación internacional (entre ellas se encuentra la adopción de la Ley Modelo de UNCITRAL, lo que ya ha ocurrido en México).<sup>44</sup>

c) Convención de la Unión Europea (UE) sobre procedimientos de insolvencia / Reglamento 1346/2000 de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia

procedimientos extranjeros de insolvencia (Capítulo III), y de la coordinación entre procedimientos paralelos de insolvencia (Capítulo IV) (puede verse: *New Law Conceptual*, Editorial Lex Nova, Primera Edición, Valladolid, 2003).

<sup>42</sup> La razón por la cual los administradores de Maxwell Communication Corporation (MCC) decidieron presentarse en reorganización también en los Estados Unidos se debió a que el Chapter II tiene normas más favorables para los administradores de sociedades concursadas, fundamentalmente en lo que concierne al nombramiento en forma automática de un síndico. La resolución judicial en el caso Maxwell, así como varios artículos escritos sobre el tema, pueden verse en: <http://www.globalinsolvency.com/insol/casenote.html>.

<sup>43</sup> Una lista de los protocolos firmados a la fecha puede consultarse en: <http://www.iiglobal.org/internacional/protocols.html> y en: <http://www.globalinsolvency.com/insol/internacional/casosborder.html>.

<sup>44</sup> Los principios pueden verse en inglés y español en: <http://www.iiglobal.org/internacional/guidelines.html>.

En 1995, el Consejo de Ministros de la Unión Europea aprobó el texto de una convención sobre procedimientos de insolvencia, la cual —para entrar en vigencia— debía ser ratificada antes del 23 de mayo de 1996 por los quince países entonces miembros de la Unión Europea. Por razones extrajurídicas, el Reino Unido se negó a ratificarla, con lo cual finalmente la convención no pudo entrar en vigencia.<sup>45</sup>

Con la finalidad de incorporar dicho cuerpo normativo a los países miembros de la Comunidad, el Consejo de la Unión Europea, con fecha 29 de mayo de 2000, decidió su adopción como "Reglamento". El "Reglamento 1346/2000 de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia" entró en vigencia el 31 de mayo de 2002 y es aplicable en todos los países de la Unión Europea, con excepción de Dinamarca.

El Reglamento consta de cuarenta y siete artículos divididos en cuatro capítulos: Disposiciones Generales (artículos 1 al 15), Reconocimiento del Procedimiento de Insolvencia (artículos 16 al 26), Procedimientos Secundarios de Insolvencia (artículos 27 al 42) y Disposiciones Transitorias y Finales (artículos 43 al 47).<sup>46</sup>

Para evitar que se creen incentivos para transferir bienes o litigios de un Estado Miembro a otro en busca de una posición jurídica más favorable ("*forum shopping*"), el Reglamento prevé la existencia de un procedimiento universal abarcativo de todos los bienes del deudor, el cual se tramitará ante el Estado Miembro en que el deudor tenga su "centro de principales intereses" (un "procedimiento principal"), permitiendo también la existencia de procedimientos paralelos "secundarios" en el Estado Miembro en que el deudor tenga un establecimiento. En este último caso, los efectos de este procedimiento están limitados a los bienes situados en dicho Estado, incorporando el Reglamento normas de coordinación.<sup>47</sup>

El Reglamento prevé que la ley del Estado de apertura determine no solo las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia, sino también: (i) los deudores que pueden ser sometidos a un procedimiento de insolvencia; (ii) los bienes que forman parte de la masa y la suerte de los bienes adquiridos por el deudor luego de la apertura del procedimiento; (iii) las facultades respectivas del deudor y del síndico; (iv) las condiciones de oponibilidad de una compensación; (v) los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos en vigor en que el deudor sea parte; (vi) los efectos de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre las ejecuciones individuales; y, (vii) las normas relativas a la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales al conjunto de acreedores.<sup>48</sup>

#### d) Ley Modelo de UNCITRAL sobre la insolvencia transfronteriza

En 1997, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, más conocida por sus siglas en inglés: UNCITRAL) aprobó una Ley Modelo sobre insolvencia transfronteriza.<sup>49</sup>

<sup>45</sup> Cfr. ROULLÓN, Adolfo A. N., Ob. Cit., Nota 11, p. 2.

<sup>46</sup> El Reglamento está disponible en: [http://europa.eu.int/es/lex/priv/legj/dat/2000l\\_160l\\_16020000630es00010018.pdf](http://europa.eu.int/es/lex/priv/legj/dat/2000l_160l_16020000630es00010018.pdf)

<sup>47</sup> Ver considerandos cuarto y doce del Reglamento.

<sup>48</sup> Artículo 4 del Reglamento.

<sup>49</sup> Como es sabido, una ley modelo es un texto legislativo que se recomienda a los Estados para su incorporación al Derecho interno. La incorporación de la ley modelo puede hacerse tal como está o incorporando modificaciones al texto uniforme propuesto, lo que le otorga una flexibilidad que no está presente en las convenciones y tratados internacionales. Obviamente, cuanto mayor sea el número de modificaciones que se incorporen a la ley modelo, menor será el grado de armonización que se alcance. Por dichas razones, se recomienda a los Estados que, al incorporarse la Ley Modelo, introduzcan el menor número posible de cambios en su texto uniforme al incorporarlo a su Derecho interno (cfr. Punto III "La Ley Modelo como vehículo de armonización del derecho", dentro de la "Guía para la incorporación al Derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza").

A diferencia del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia de la Unión Europea, la Ley Modelo no contiene normas que indiquen la aplicación de una determinada ley ante un caso con elementos extranjeros y no reemplaza, por ello, las normas de Derecho Internacional Privado internas de cada país.

Los objetivos de la Ley Modelo están incluidos en su Preámbulo:

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

La Ley Modelo consta de treinta y dos artículos divididos en cinco capítulos. El *Capítulo Primero* (artículos 1 a 8) incorpora las Disposiciones Generales (ámbito de aplicación, definiciones, principios de interpretación, entre otros).

El *Capítulo Segundo* (artículos 9 a 12) se refiere al acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del Estado donde se tramita el proceso concursal, otorgándose legitimación al representante extranjero para comparecer directamente ante un tribunal del Estado adoptante de la Ley Modelo<sup>30</sup> y para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia de conformidad con el Derecho interno.<sup>31</sup> Asimismo, se establece que los acreedores extranjeros gozarán de los mismos derechos que los nacionales para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia y que no tendrán un rango menor al de los acreedores quirografarios.<sup>32</sup>

El *Capítulo Tercero* (artículos 15 a 24) se ocupa del reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia y de las medidas otorgables en el país. Dichas normas otorgan legitimación al representante extranjero para solicitar ante el tribunal el reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia<sup>33</sup>; disponiendo que, a partir de dicha solicitud de reconocimiento y como medida provisional, el tribunal podrá suspender las medidas de ejecución sobre los bienes del deudor.<sup>34</sup>

De igual manera, se prevé que el reconocimiento del procedimiento extranjero puede tener lugar como procedimiento extranjero *principal* o como procedimiento extranjero *no principal*. En caso de que el deudor tenga el “centro de sus principales intereses” en el territorio del Estado del foro extranjero, el procedimiento se reconocerá como procedimiento extranjero *principal*; caso contrario (si tiene solo actividad o algún establecimiento), se reconocerá como procedimiento extranjero *no principal*.<sup>35</sup>

<sup>30</sup> Artículo 9 de la Ley Modelo.

<sup>31</sup> Artículo 11 de la Ley Modelo.

<sup>32</sup> Artículo 13 de la Ley Modelo.

<sup>33</sup> Artículo 13 de la Ley Modelo.

<sup>34</sup> Artículo 19 de la Ley Modelo.

<sup>35</sup> Artículo 17 de la Ley Modelo.

Luego del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, la paralización de medidas de ejecución de bienes del deudor quedará firme y se podrán ordenar otras medidas a solicitud del representante extranjero (entre otras, la suspensión de los derechos de transmitir o gravar bienes del deudor, encomendar al representante legal extranjero la administración o realización de los bienes del deudor, disponer el examen de testigos, la producción de pruebas, etc.).<sup>56</sup>

En el *Capítulo Cuarto* (que va del artículo 25 al 27) se regulan las cooperaciones entre los tribunales y representantes extranjeros. Estas normas establecen el deber del tribunal de cooperar, en la medida de lo posible, con los tribunales extranjeros o los representantes extranjeros, ya sea directamente o mediante el síndico.<sup>57</sup> Asimismo, se prevé que la forma de coordinación entre los procedimientos podrá realizarse por cualquier medio que el tribunal considere apropiado (por ejemplo, la aprobación por el tribunal de acuerdos relativos a la coordinación de procedimientos con el tribunal extranjero).<sup>58</sup>

El *Capítulo Quinto* (artículos 28 a 32) incorpora disposiciones especiales para coordinar ciertos efectos conflictivos que pueden darse entre procedimientos paralelos de insolvencia de un mismo sujeto.<sup>59</sup> De igual manera, se establece que —salvo prueba en contrario— el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal constituirá prueba válida de que el deudor es insolvente a efectos de un procedimiento local de insolvencia.<sup>60</sup> Finalmente, se prevé que en caso de cobro parcial respecto de un crédito seguido en un procedimiento extranjero, no se percibirán nuevos cobros por el mismo crédito en el procedimiento local hasta tanto los restantes acreedores no perciban un dividendo idéntico al percibido por dicho acreedor.<sup>61</sup>

A la fecha, la Ley Modelo ha sido sancionada por México, Japón, Sudáfrica, Rumanía, Polonia, Montenegro, Eritrea y las Islas Vírgenes Británicas.<sup>62</sup> A su vez, en la reciente reforma al Derecho Concursal de los Estados Unidos de América, se incorporó —con algunas modificaciones— la Ley Modelo como un nuevo capítulo (el *Chapter 15*) del *Bankruptcy Code*.<sup>63</sup> En Argentina, en el año 2002, se conoció un anteproyecto de reformas que preveía la incorporación de la Ley Modelo a la legislación, el cual recientemente fue presentado como proyecto a la Cámara de Diputados de la Nación.<sup>64</sup>

#### e) "Principios y líneas rectoras para los sistemas eficientes de insolvencia y derechos de los acreedores" del Banco Mundial

En abril del año 2002, el Banco Mundial publicó sus "Principios y líneas rectoras para los sistemas eficientes de insolvencia y derechos de los acreedores".<sup>65</sup> Los treinta y cinco principios

<sup>56</sup> Artículo 20 de la Ley Modelo.

<sup>57</sup> Artículo 25 de la Ley Modelo. Idéntico deber se establece respecto del síndico en el artículo 26.

<sup>58</sup> Artículo 27 de la Ley Modelo.

<sup>59</sup> Artículos 28, 29 y 30 de la Ley Modelo.

<sup>60</sup> Artículo 31 de la Ley Modelo.

<sup>61</sup> Artículo 32 de la Ley Modelo.

<sup>62</sup> Cf. se informa en el artículo de Farley, *Op. Cit.*, p. 28. Para más información, consultar: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_text/insolvency/1997Model\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_text/insolvency/1997Model_status.html).

<sup>63</sup> La reforma fue introducida por la *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005*, promulgada el 20 de abril de 2005, la cual entrará en vigencia el 17 de octubre de 2005.

<sup>64</sup> Anteproyecto de Ley sobre insolvencia transfronteriza de la República Argentina del año 2002, elaborado por la comisión designada por el entonces Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina, Dr. Jorge R. Varasani, mediante Resolución del 13 de febrero de 2002 (El pasado 19 de marzo de 2004, el Proyecto —bajo el título *Régimen legal de la insolvencia transfronteriza*— fue presentado a la Cámara de Diputados de la Nación de Argentina).

<sup>65</sup> Ver nota 6.

que constituyen el trabajo del Banco Mundial se refieren a los principales temas vinculados con los derechos de los acreedores y con la insolvencia, incluyendo procesos de reorganización y acuerdos extrajudiciales.

El análisis de estos "Principios" excede largamente el propósito de este trabajo. Corresponde sí señalar que el principio No. 24, referido a "consideraciones internacionales", describe —en concordancia con el tratamiento dado por la Ley Modelo— las principales cuestiones sobre el tema que las legislaciones sobre concursos deben regular:

- Los administradores de insolvencias de países extranjeros (síndicos) deben tener acceso directo al tribunal y a otras autoridades locales;
- Debe existir un claro y rápido procedimiento para obtener el reconocimiento de un procedimiento de insolvencia extranjero abierto, de conformidad con los estándares de jurisdicción internacionalmente reconocidos;
- Debe existir una suspensión de las acciones contra el deudor (*stay*) en todos los países donde el deudor tiene bienes;
- No debe discriminarse a los acreedores por su nacionalidad, residencia o domicilio.

## V. LAS SOCIEDADES NO ESTADOUNIDENSES Y EL CHAPTER 11

### 1. Jurisdicción de los tribunales estadounidenses. Eficacia extraterritorial

Como hecho novedoso dentro de la temática de insolvencias internacionales, últimamente algunas sociedades anónimas no constituidas en los Estados Unidos de América han optado por llevar adelante sus procesos de reorganización concursal bajo el procedimiento establecido en el *Chapter 11* del *Bankruptcy Code*. Entre dichas sociedades, la más conocida es Avianca, la aerolínea colombiana.<sup>46</sup>

Normalmente, la decisión de aquellas sociedades no estadounidenses de llevar adelante su reorganización bajo el *Chapter 11* del *Code* se origina en la necesidad de reestructurar las obligaciones provenientes de la financiación obtenida del mercado financiero de los Estados Unidos (normalmente Nueva York), ya sea mediante una emisión de títulos de deuda o mediante la suscripción de un préstamo sindicado, en ambos casos con sometimiento a la legislación de Nueva York.

El objetivo de acudir al *Chapter 11* es lograr una reestructuración consensuada con dichos acreedores financieros, partiendo de una posición que —presuntamente— otorga más *leverage* para la negociación por las especiales características del régimen concursal norteamericano, particularmente por el hecho de que el *management* sigue en control de la compañía sin la supervisión de un síndico o administrador designado judicialmente y por la posibilidad de conseguir nueva financiación post-concursal.

Una decisión de tal tipo plantea diversas interrogantes. Puntualmente, lo novedoso radica en que se trata de sociedades cuyo domicilio social o establecimiento principal (el "centro de

<sup>46</sup> Entre otras, han acudido al *Chapter 11* las siguientes sociedades: Chiver S.A. (sociedad colombiana, subsidiaria de AES Corporation), Cenargo Internacional PLC y Ionica Group PLC (originarias del Reino Unido) y FLAG Telecom Holdings y Global Crossing (de Bermuda). El 17 de setiembre de 2002, la empresa chilena Empresa Eléctrica del Norte Grande S.A. (Edelnor) se presentó en reorganización bajo el *Chapter 11*, logrando la homologación de su *prepackaged plan* un mes después (17 de octubre de 2002). Finalmente, en la presentación concursal de AT&T Latin America Corp habría sido incluida su subsidiaria AT&T Argentina S.A. (ver: LAURIA, Thomas E. and JIMÉNEZ, Pedro A., *Courting Chapter 11*. En: *Latin Banking Guide Directory*, August 2003, p. 15, disponible en: [http://www.whitecase.com/article\\_courting\\_chapter\\_11\\_lauria\\_jimenez\\_8\\_2003.pdf](http://www.whitecase.com/article_courting_chapter_11_lauria_jimenez_8_2003.pdf)).

principales intereses", de acuerdo a la terminología del Reglamento de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia) está ubicado en un país distinto al estadounidense, sin que exista en dicho país tampoco una sucursal ni, inclusive, bienes significativos en comparación con el patrimonio de la empresa.

La primera interrogante, claro está, es si los tribunales norteamericanos tienen jurisdicción para atender solicitudes de concurso (*reorganization*) de sociedades constituidas y domiciliadas en otros países, que realicen sus actividades en dichos otros países y no en los Estados Unidos de América.

Contra lo que uno podría pensar, la respuesta a esta primera interrogante, en el Derecho estadounidense, es afirmativa. El *Bankruptcy Code* contiene una norma de jurisdicción muy amplia para regular quién puede ser considerado un "deudor", esto es, quien puede someterse a una *reorganization* bajo el *Chapter 11*: cualquier "persona que resida o tenga un domicilio, un lugar de negocios o bienes en los Estados Unidos (...)".<sup>87</sup> Como se aprecia, esta norma es lo suficientemente amplia como para que una sociedad con una cuenta bancaria en cualquier banco de los Estados Unidos<sup>88</sup>, o inclusive con créditos por cobrar, sea aceptada por los tribunales de dicho país.

Ahora bien, el propio *Bankruptcy Code* trae una norma especial que permite al juez norteamericano rechazar un caso o, en el supuesto de que el tribunal haya previamente aceptado su jurisdicción, suspender el procedimiento si considera que los intereses de los acreedores y del deudor estarán "mejor atendidos" ("*better served*") por dicho rechazo o la suspensión del procedimiento.<sup>89</sup> Normalmente, ello ocurrirá cuando la totalidad o gran mayoría de acreedores y bienes del deudor esté en otro país. Esta norma permite que, aun cuando exista jurisdicción bajo la ley concursal norteamericana, el tribunal decida desistir de atender el caso, optando por el fuero extranjero.

Aceptada la jurisdicción por el tribunal estadounidense, una importante cuestión a tener en cuenta es la eventual eficacia extraterritorial de las resoluciones que —dentro del proceso concursal de la sociedad domiciliada en otro país— dicte dicho tribunal, particularmente cuando dichas resoluciones tengan efectos sobre bienes ubicados en otro país y/o acreedores domiciliados fuera de los EE.UU. Claro está que la validez y vigencia de dicho acuerdo no será discutida en los Estados Unidos (dada la previa aceptación de jurisdicción y competencia del tribunal norteamericano); sin embargo, en países distintos al estadounidense, su validez y aplicación podrá generar cuestiones conflictivas.

<sup>87</sup> El artículo 109 del *Bankruptcy Code* dispone que: "(...) only a person that resides or has a domicile, a place of business, or property in the United States (...) may be a debtor under this title".

<sup>88</sup> En autos *Spanish Cay Co., Ltd* se resolvió que materiales de publicidad, junto a muebles de oficina y una cuenta bancaria de US\$ 100.00 representaban bienes suficientes para que una persona pueda presentarse ex *reorganization* ante los jueces estadounidenses (In re *Spanish Cay Co., Ltd*, Bankr. S.D. Fla 1993) (161 B.R. 715).

<sup>89</sup> En realidad, la Sección 305 del *Bankruptcy Code* autoriza al tribunal a rechazar un procedimiento si se da uno de dos supuestos: El primero, es el descrito en el cuerpo de este trabajo (es decir, que el juez concursal considere que los intereses de los acreedores y del deudor estarán "mejor atendidos" ("*better served*") por dicho rechazo o la suspensión del procedimiento); el segundo, es que exista un procedimiento extranjero de insolvencia y que, teniendo en cuenta ciertos factores establecidos en la *Section 304*, el tribunal considere conveniente dicho rechazo. Estos factores son: (i) un justo tratamiento para todos los titulares de créditos o intereses; (ii) la protección de los titulares de créditos pagaderos en los Estados Unidos contra los prejuicios y los inconvenientes que pudieran sufrir si debieran verificar sus créditos en el extranjero; (iii) la prevención respecto de normas o disposiciones preferenciales o fraudulentas de bienes; (iv) que la distribución de los resultados del activo se realice en una forma sustancialmente similar a lo prescrito en el *Bankruptcy Code*; (v) corteza internacional (*comity*); y, (vi) en caso correspondiente, que se prevea en dicho procedimiento la oportunidad de un "*push out*" para la persona física concursada. Sobre el tema, puede verse: CONIL PAZ, Alberto A., *La Sección 304 (c) del Bankruptcy Code de los Estados Unidos*, en L.L.E. 1997 - D - pp. 1137 y ss. Remitimos a la nota 91 relativa a ciertas modificaciones introducidas al *Bankruptcy Code* y a la derogación del artículo 304.

Por ejemplo, si una sociedad constituida y domiciliada en Argentina acudiera al *Chapter 11* para llevar adelante su procedimiento de reorganización, los actos y resoluciones judiciales allí alcanzados no serían, en principio, objeto de reconocimiento en dicho país. Ello es así, ya que para sea reconocida en la República Argentina debe, entre otros requisitos, haber sido dictada por un tribunal competente "según las normas argentinas de jurisdicción internacional" (artículo 517, inciso 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Una pauta similar se encuentra prevista en la "Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros", firmada en Montevideo en 1979 y adoptada por diversos países latinoamericanos, entre ellos Argentina (Ley 22.921).<sup>70</sup>

Este requisito no se consideraría cumplido, dado que la legislación argentina cuenta con una norma de jurisdicción exclusiva en materia de concursos, según la cual el juez competente para conocer el concurso de una persona de existencia ideal de carácter privado regularmente constituida (como sería una sociedad anónima) es el de su domicilio.<sup>71</sup>

En consecuencia, una eventual sentencia homologatoria del acuerdo preventivo dictada por el juez estadounidense (*confirmation of the plan*) no sería objeto de reconocimiento en Argentina y no registrarían entonces las eventuales quitas, esperas u otros acuerdos convenidos con los acreedores.

Más allá de estas cuestiones, debe reconocerse que la decisión de acudir a la legislación concursal norteamericana está directamente vinculada con la necesidad de contar con un escenario favorable para renegociar los términos y condiciones de las obligaciones adeudadas a los acreedores financieros domiciliados en el exterior (por lo general, Estados Unidos).

Normalmente, el consenso con los acreedores locales habrá sido alcanzado o estará cerca de obtenerse, con lo cual la concursada —acudiendo a la legislación estadounidense— buscará en realidad solucionar los problemas existentes con acreedores de dicho país y no obtener quitas de los acreedores locales. Sin embargo, dado que los bienes de la sociedad con los que la deudora deberá cumplir (o garantizar su cumplimiento) serán en realidad los mismos —más allá del país donde estén situados— en caso de que algún acreedor "local" (es decir, no domiciliado en el fuero concursal extranjero) no esté de acuerdo con la propuesta de pago que se le formule, seguramente intentará objetar todo el procedimiento discutiendo la jurisdicción internacional del juez extranjero así como la eficacia extraterritorial de lo resuelto en dicho foro.

## 2. Ventajas y desventajas del *Chapter 11*

La segunda interrogante que se plantea ante una situación de este tipo es cuáles son las ventajas que el *Chapter 11* ofrece a las sociedades no estadounidenses sobre el régimen de su país, que aconseja la presentación en concurso en un país distinto al de su domicilio. Sin entrar a analizar en detalle el régimen del *Bankruptcy Code*, pueden resaltarse las siguientes características de dicho sistema concursal:<sup>72</sup>

<sup>70</sup> En el artículo 2, inciso d) de esta convención se prevé que, para tener eficacia extraterritorial, el juez o tribunal sentenciador, entre otros requisitos, debe tener competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar el asunto de acuerdo con la ley del estado donde debe surtir efectos. Esta convención ha sido ratificada por los siguientes países: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela (Ver: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tirmas/b-41>).

<sup>71</sup> Artículo 3, inciso quinto de la Ley de Concursos y Quiebras. En este sentido, se ha dicho: "Cuando el deudor se domicilia en el país, la jurisdicción internacional argentina para decretar su quiebra es exclusiva y excluyente de la de los jueces de cualquier otro Estado" (RADZYMSKI, Alejandro, *La Acción de Ineficacia Concursal en el Derecho Internacional Privado Argentino*, ED t. 132, p. 371, especialmente, p. 374).

<sup>72</sup> Para un análisis más completo de las características del *Chapter 11*, puede verse: ARAYA, Tomás M., *La Prioridad de los Acreedores Sobre los Accionistas en el Chapter 11 del Bankruptcy Code y en la Ley Concursal Argentina*. En: *Derecho concursal*, DyE 12/13, obra colectiva dirigida por ROUILLÓN, Adolfo A. N., *La Ley*, Buenos Aires, 2004, pp. 39 y ss.

- El no nombramiento de un síndico o administrador judicial, como ocurre en la mayoría de países, incluidos los países de Europa y Latinoamérica. En los Estados Unidos, los administradores de la sociedad concursada continúan en funciones bajo la denominación de "*debtor in possession*", quedando bajo el control del tribunal y la vigilancia de los comités de acreedores. Solo de darse un supuesto de fraude, falta de honestidad, incompetencia o grave negligencia en la administración de los negocios de la concursada, el tribunal podrá nombrar un síndico ("*trustee*") (artículo 1104 del *Bankruptcy Code*);
- La posibilidad de obtener financiamiento post-concursal (*DIP financing*): quizás el principal atractivo del *Chapter 11* está en la regulación que dispone que toda financiación post-concursal que reciba el deudor tendrá prioridad en el cobro sobre cualquier otro crédito adeudado por el deudor, incentivando de esta manera la creación de un mercado entre las instituciones financieras de Estados Unidos para otorgar financiamiento a sociedades sujetas al *Chapter 11*. El artículo 364 del *Code* prevé que si el otorgamiento del crédito es en el curso ordinario de los negocios, la prioridad es automática; en caso contrario, se necesitará autorización judicial para que la nueva financiación tenga rango privilegiado. En caso que el proceso de *reorganization* finalmente fracase, el artículo 726 (a) de la ley concursal norteamericana dispone que los créditos post-concursales tendrán privilegio en el cobro sobre los pre-concursales en una futura liquidación;
- La suspensión de las acciones individuales de los acreedores (*automatic stay*), inclusive las de los titulares de garantías reales, quienes deben solicitar al tribunal un levantamiento de dicha suspensión para ejecutar sus garantías;
- La posibilidad de alcanzar, mediante un *pre-packaged plan*, una reestructuración de una manera más rápida, eficiente y con menores costos, siempre que se logren los consensos necesarios entre acreedores y deudor. Estos acuerdos resultan factibles, fundamentalmente, por la posibilidad que prevé el *Code* de designar un comité de acreedores antes de la presentación concursal (artículo 1102 (b) (1)) y de presentar un plan simultáneamente con la presentación inicial bajo el *Chapter 11* (artículo 1121). Asimismo, la ley concursal estadounidense establece las condiciones bajo las cuales una aceptación al plan dada antes del inicio del caso puede ser computada como aceptación una vez realizada la presentación (artículo 1126).<sup>73</sup>

Esta posibilidad es, sin duda una de las más atractivas del régimen estadounidense, ya que permite a las empresas una rápida solución para el problema de la insolvencia sin tener que transitar todo el procedimiento concursal, lo que genera una importante reducción de costos. Básicamente, las empresas pueden obtener los beneficios de todo proceso concursal (la oponibilidad a todos los acreedores del acuerdo homologado, los beneficios del *DIP financing*, etc.) sin tener que sufrir sus desventajas.

- La posibilidad de imponer un plan (propuesta) a acreedores y accionistas disidentes, mediante la aplicación del *cramdown*<sup>74</sup>;

<sup>73</sup> Una adecuada descripción sobre los *prepackaged plans* puede verse en: ALEGRIA, Héctor, *Acuerdo Preventivo Extrajudicial*. En: *Revista del Derecho Privado y Comunitario* – 2002 – 3, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, pp. 145 y ss. También puede consultarse al respecto, LORENTE, Javier A., *El acuerdo preventivo extrajudicial (APE) argentino y el prepackaged plan (prepack): comparación sistemática y específica de ambos procedimientos concursales*. En: *Doctrina Societaria y Concursal*, No. 201, agosto 2004.

<sup>74</sup> La posibilidad de obtener la confirmación del plan por el *cramdown* se encuentra regulada en el artículo 1129 (b) del *Code*. Dicha norma ha servido de antecedente para el actual artículo 52 de la Ley de Concursos y Quiebras, modificado por la Ley 25.589. Sobre el tema, puede verse: HEREDIA, Pablo D., Ob. Cit. y ARAYA, Tomás M., Ob. Cit.

Ahora bien, no debe caerse en la errónea suposición de que el *Chapter 11* brinda solo ventajas para los sociedades no estadounidenses, y que a toda sociedad que tenga que reestructurar su deuda financiera con bonistas o bancos de Nueva York le conviene acudir a los tribunales del mencionado país para llevar a cabo dicha reestructuración. Al respecto, corresponde señalar ciertas particularidades del *Bankruptcy Code* que pueden no ser tan atractivas.

En primer lugar, los tribunales norteamericanos, tanto federales como estatales, son muy estrictos sobre los deberes de los directores de sociedades anónimas (*corporations*) una vez que la sociedad entra en cesación de pagos o insolvencia. Existe una muy arraigada doctrina y jurisprudencia que, ante estas circunstancias, impone a los directores la obligación de actuar teniendo en cuenta no solo el "interés de los accionistas" sino el "interés de los acreedores".<sup>75</sup>

Esta doctrina puede provocar —en caso de incumplimiento— situaciones de responsabilidad personal en los administradores de empresas concursadas que se sometan a un procedimiento de *Chapter 11* que, inclusive, pueden llegar a provocar su remoción y su reemplazo por un síndico (*trustee*) designado por el tribunal. En realidad, estos deberes se originan en el hecho de que, ante una situación de normalidad (es decir, de no insolvencia), en el derecho estadounidense los deberes de los directores están orientados a satisfacer el interés de los accionistas casi exclusivamente y, bajo dicho parámetro, se evalúa su eventual responsabilidad. Esta circunstancia se modifica ante una situación de insolvencia (o cercana a la insolvencia), evaluándose allí la conducta de los administradores también a partir del interés de la empresa y los acreedores.

Esta concepción de los deberes de los administradores orientados exclusivamente a satisfacer los intereses de los accionistas es una especial característica del Derecho Societario estadounidense, no aplicable en Argentina ni en los restantes países latinoamericanos. En Argentina, los administradores de sociedades deben orientar su conducta a la satisfacción del interés social.<sup>76</sup> Claramente, la Ley de Sociedades Comerciales establece que los administradores pueden ser responsables ante la sociedad, los accionistas y los terceros en caso de mal desempeño de su cargo, así como por la violación de la ley o el estatuto o —inclusive— por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave (artículo 272), sin que corresponda —a estos fines— diferenciar entre situación de normalidad o de insolvencia.<sup>77</sup>

Otra importante característica del *Chapter 11* que debe tenerse presente al evaluar su conveniencia para empresas no estadounidenses es la posibilidad que existe en este procedimiento de imponer a los accionistas (aun contra su voluntad) el acuerdo alcanzado con los acreedores.<sup>78</sup>

<sup>75</sup> Puede verse: MILLER, Harvey R., *Corporate Governance in Chapter 11: The Fiduciary Relationship Between Directors and Stockholders of Solvent and Insolvent Corporations*, 23 Seton Hall L. Rev. 1467 y CONAWAY STILSON, Ann E., *Reexamining the Fiduciary Paradigm at Corporate Insolvency and Dissolution: Defining Directors' Duties to Creditors*, 20 Del. J. Corp. L. 1. Entre los fallos más conocidos, puede citarse a *Credit Lyonnais Bank Nederland v. Pathe Communications*, en el cual el juez (Chancellor Allen) mencionó que "(...) cuando una sociedad está operando en la proximidad de la insolvencia, el directorio no es solamente agente de los tomadores de riesgo residuales (es decir, los accionistas), sino que también tiene deberes hacia la empresa" (*Credit Lyonnais Bank Nederland v. Pathe Communications*, No. 12150, 1991 Del. Ch. LEXIS 215 (Del. Ch. Dec. 30, 1991)).

<sup>76</sup> Un análisis de las teorías sobre el interés social, puede verse en: HALPERÍN, Isaac, *Sociedades Anónimas*, Segunda Edición actualizada por OTAEGUI, Julio C., Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 212 y ss. y en ANAYA, Jaime L., *Convivencia del Interés Social*, En: *Anomalias Societarias*, Advocatus, Córdoba, 1992, pp. 211 y ss.

<sup>77</sup> Adicionalmente a dichas acciones societarias, ante una situación de quiebra se prevé expresamente la posibilidad de iniciar acciones de responsabilidad concursal contra los administradores en sentido amplio (representantes, según la Ley) y terceros, legítimando para ello al síndico, previo cumplimiento de determinados requisitos (principalmente, la autorización de la mayoría simple del capital quirografario verificado y/o declarado admisible) (ver artículos 173 y siguientes de la Ley de Concursos y Quiebras).

<sup>78</sup> En el derecho estadounidense, para la aprobación del plan se requiere también la aprobación de la clase de accionistas, titulares de un interés. El artículo 1129 (b) del Code permite que, utilizando el procedimiento del *reorganization*, pueda imponerse el plan a los acreedores o accionistas disconformes, de cumplirse ciertos requisitos. Como señalamos en nota 74, este instituto es el antecedente del actual artículo 52 de la Ley de Concursos y Quiebras.

Dicha circunstancia puede provocar la dilución de sus derechos en caso que el acuerdo prevea una emisión de acciones (o títulos convertibles) a ser entregados a los tenedores de títulos de deuda, convertidos así en nuevos accionistas de la sociedad reorganizada.

Asimismo, deberá tenerse en cuenta que en el régimen concursal norteamericano el tribunal está facultado para nombrar (y normalmente lo hace) "comités de acreedores", tanto de acreedores privilegiados como de quirografarios. El artículo 1103 del *Bankruptcy Code* otorga importantes deberes y facultades a estos comités, entre ellos, el de investigar los actos, conductas, bienes, obligaciones y condición financiera del deudor y opinar sobre la conveniencia de que la empresa continúe o no en operaciones.

Esta circunstancia deberá ser tenida en cuenta por una empresa no estadounidense en caso que decida presentarse bajo el régimen norteamericano. Los comités de acreedores no son muy comunes en las leyes de quiebras de Latinoamérica. En Argentina fueron incorporados en la reforma concursal del año 1995<sup>79</sup>, siendo su utilización, a la fecha, bastante escasa (salvo en casos muy particulares, los acreedores normalmente desisten de participar en dichos comités).

Finalmente, no debe olvidarse la doctrina de la "subordinación equitativa de créditos" ("*equitable subordination*"), que permite al juez concursal estadounidense disponer la subordinación de todo o parte de un crédito verificado frente a cualquier otro crédito, postergando de esa manera su cobro (artículo 510 (c) del *Code*).<sup>80</sup> El mayor uso de esta doctrina está orientado a subordinar los créditos de los accionistas controlantes a la concursada, pudiendo también disponerse la recalificación de dichos préstamos como contribuciones de capital, lo que —claro está— elimina las posibilidades de cobro para dicho acreedor. En caso que la sociedad que se presente bajo el *Chapter 11* tenga entre sus acreedores a accionistas controlantes o sociedades del mismo grupo, existirá el riesgo de que dichas afiliadas vean postergados sus derechos de cobro frente a la totalidad (o una parte) de los créditos quirografarios.

### 3. El caso Avianca

El caso Avianca es uno de los más claros ejemplos de una sociedad no estadounidense que —ante una situación concursal— opta por llevar adelante su proceso de reorganización de acuerdo a la legislación estadounidense y ante los tribunales de dicho país.<sup>81</sup>

El 21 de marzo de 2003, la aerolínea Avianca, una sociedad constituida y domiciliada en Colombia, y su subsidiaria estadounidense (Avianca, Inc) se presentaron en *reorganization* bajo el *Chapter 11* ante los tribunales de Nueva York. Avianca denunció tener 3100 empleados en Colombia y solo 28 en los Estados Unidos.

Sus contactos con los Estados Unidos provenían de dos partes. En primer lugar, Avianca alquilaba su flota entera de treinta y un aviones a sociedades estadounidenses. En segundo lugar, había emitido títulos de deuda en dicho país por un monto nominal de US\$ 75'000,000 (en realidad, los títulos habían sido emitidos por el *Bank of New York* (BONY) bajo un contrato de fideicomiso, simultáneamente con la cesión por Avianca a dicho fideicomiso de los derechos de cobro de las tarjetas de crédito). A la fecha de su presentación, Avianca adeudaba US\$ 290'000,000 a los dueños de los aviones y, aproximadamente, US\$ 20'500,000 a los tenedores de bonos.

<sup>79</sup> El artículo 260 de la Ley de Concursos y Quiebras otorga importantes facultades al comité de acreedores.

<sup>80</sup> Sobre los orígenes y alcances actuales de este instituto, puede verse: DOBSON, Juan M., *El Abaso de la Personalidad Jurídica*, Depalma, Buenos Aires, 1985, pp. 215 y ss. y ARAYA, Tomás M., *Subordinación de Créditos en los Negocios Jurídicos*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1999, pp. 173 y ss.

<sup>81</sup> *In re Aerovías Nacionales de Colombia S.A. Avianca and Avianca, Inc.* (303 B.R. 1). La decisión del juez concursal estadounidense (Alan L. Gropper) fue dictada el pasado 23 de diciembre de 2003.

Luego de la presentación, ciertos acreedores presentaron una solicitud para que el caso sea rechazado por el juez concursal (*motion to dismiss*), sosteniendo básicamente que:

- La presentación de Avianca en los Estados Unidos significaba *forum shopping*;
- No sería en los "mejores intereses" del deudor y de sus acreedores que este caso continúe bajo el tribunal estadounidense, correspondiendo que Avianca se presente en concurso en Colombia; y,
- La elección de los tribunales estadounidenses creaba demoras e incertidumbres para los acreedores de ese país y beneficiaba a los acreedores no estadounidenses, ya que estos —al estar fuera del alcance del *Bankruptcy Code*— podrían perseguir el cobro de sus créditos normalmente.

Por su parte, Avianca sostuvo que la legislación concursal de Colombia (Ley 550, de 1999) no otorgaba en este caso un escenario efectivo para reestructurar sus deudas. Asimismo, al ser sus principales acreedores estadounidenses y estar sus obligaciones sujetas a la legislación y jurisdicción de ese país, un procedimiento de reestructuración bajo la ley colombiana podría no ser exitoso. Esta posición fue sostenida no solo por Avianca, sino también por otros acreedores estadounidenses.

Con fundamento en el artículo 109 del *Bankruptcy Code* —que, como señalamos, requiere como único requisito la existencia de bienes en los Estados Unidos para habilitar una petición de concurso en dicho país— el juez consideró que no correspondía rechazar la petición de *reorganization* exclusivamente por tratarse de una sociedad extranjera.

Sin perjuicio de ello, el juez reconoció la facultad del tribunal de rechazar un caso de esa naturaleza. En ese sentido, el rechazo sería procedente si, en primer término, los intereses de los acreedores y del deudor pudieran ser "mejor atendidos" (*better served*) como consecuencia del rechazo. En segundo lugar, si, existiendo un procedimiento extranjero de insolvencia, el análisis de las cuestiones mencionadas en el artículo 304 del *Code* recomendaran el rechazo de la petición.<sup>32</sup> Estos argumentos tampoco llevaron al juez a rechazar el caso. Por el contrario, para admitir la procedencia de la petición, el magistrado tuvo particularmente en cuenta que los principales problemas financieros que tenía Avianca (los títulos de deuda impagos y los contratos de alquiler de aviones) estaban precisamente en los Estados Unidos. Dijo el juez: *"El proceso de reorganización es también mayormente un proceso consensual (...) Normalmente, depende de la voluntad de los principales acreedores de un deudor a ordenar un plan de reorganización (y proteger a las memorias dándoles más de lo que obtendrían en una liquidación). El hecho de que muchos de los principales acreedores de Avianca estén en este país, y la voluntad de los acreedores principales y las otras partes de Colombia con interés en parts que en este procedimiento, es uno de los más significativos factores que apoyan la presentación consensual aquí."*

Citando el caso *Maxwell*, el juez mencionó expresamente que, pese a la presentación concursal en los Estados Unidos, Avianca mantenía la posibilidad de realizar una presentación concursal en su país y, de ocurrir ello: *"... el caso estadounidense debería coordinarse con el de Colombia teniendo en cuenta los mejores intereses de los acreedores y con el debido respeto a las leyes de ambos países."*

Finalmente, el juez rechazó el argumento de que era inadecuado que los tribunales

<sup>32</sup> Como señalamos en nota 30, estos factores son: (i) un justo tratamiento para todos los titulares de créditos e intereses; (ii) la protección de los titulares de créditos pagaderos en los Estados Unidos contra los privilegios y los incumplimientos que podrían sufrir al intentar cobrar sus créditos en el extranjero; (iii) la preservación respecto de normas o disposiciones preferenciales o fraudulentas de bienes; (iv) que la distribución de los resultados del proceso se realice en una forma razonablemente similar al proceso en el *Bankruptcy Code*; (v) la correcta información recibida; (vi) en caso de controversias, que se preserve en todo procedimiento la oportunidad de un medio para la persona física concursada. Para remitirse a la nota 30, véase también las modificaciones mencionadas al *Bankruptcy Code* y la doctrina del artículo 104 del *Bankruptcy Code*.

norteamericanos acepten su jurisdicción sobre casos de reorganización de empresas cuyo "centro de principales actividades" está en el exterior. El magistrado resolvió que, si bien ante un caso internacional los tribunales deben otorgar prioridad al foro en el cual esté el principal "centro de gravedad" de la empresa internacional, el tribunal puede decidir coordinar el procedimiento junto al procedimiento extranjero o —como en el caso bajo análisis— "(...) ejercitar su poder hasta la máxima extensión de jurisdicción (...)".

Posteriormente, el 10 de diciembre de 2004, Avianca logró la homologación de su plan, saliendo así del proceso regulado por el *Chapter 11* y superando con éxito su situación concursal.<sup>63</sup>

Las enseñanzas que deja el caso Avianca son muchas. En primer lugar, representa una afirmación de la jurisdicción de los tribunales norteamericanos para conocer casos de insolvencia internacional que tengan contacto con los Estados Unidos, independientemente de si la sociedad tiene o no en dicho país su domicilio social, o inclusive una representación comercial. Esta circunstancia permitirá que empresas internacionales en dificultades financieras y con riesgo de insolvencia analicen la posibilidad de concursarse en dicho país, en caso el régimen concursal de su país no provea un escenario favorable para alcanzar la reestructuración de sus pasivos.

Sin embargo, el precedente es también riesgoso para aquellos países latinoamericanos cuyas legislaciones sobre insolvencia no están lo suficientemente adaptadas a los tiempos modernos. En efecto, si el ejemplo de Avianca se repite con otras empresas latinoamericanas, ello podría terminar en la creación de un foro especial para atender casos de insolvencia internacional, cuya principal consecuencia sería la pérdida de jurisdicción de los países para conocer los casos de insolvencia de sus empresas más importantes.

Claramente, Argentina no se encuentra entre aquellos países que no cuentan con una legislación adecuada para entender reestructuraciones con elementos internacionales. Como ha quedado de manifiesto en recientes reestructuraciones de importantes empresas argentinas, nuestra ley concursal otorga un marco adecuado para llevar adelante complejas reestructuraciones que contengan elementos internacionales. Solo como ejemplo, puede mencionarse a la Sociedad Comercial del Plata<sup>64</sup> —que utilizó el procedimiento del concurso preventivo— y a otras empresas (Acindar<sup>65</sup>, Autopistas del Sol<sup>66</sup>, Multicanal<sup>67</sup>, entre otras) que acudieron al procedimiento del Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE) junto a una oferta de canje.

Esta afirmación, claro está, no significa que nuestra ley concursal no deba ser mejorada en varios aspectos<sup>68</sup>, pero —más allá de ello— debe reconocerse que las modificaciones incorporadas

<sup>63</sup> Para más información, puede consultarse [www.avianca.com.co/QuienesSomos/Boletines/216.htm](http://www.avianca.com.co/QuienesSomos/Boletines/216.htm), "Colombia's Avianca exits Bankruptcy", en: <http://news.airwise.com/stories/2004/12/1102849716>; "Avianca cambia de imagen en la era de Elfromovich" en: [http://portalinfo.com.co/port\\_secc\\_online/porta\\_perf\\_online/marzo](http://portalinfo.com.co/port_secc_online/porta_perf_online/marzo); "Avianca reportó utilidades y anuncia reasociación de Bots", en: [http://www.larepublica.com.co/noticia.php?id\\_noticia=31232&id\\_subseccion=70&template=no](http://www.larepublica.com.co/noticia.php?id_noticia=31232&id_subseccion=70&template=no).

<sup>64</sup> El acuerdo preventivo de Sociedad Comercial del Plata S.A. fue homologado el pasado 1 de marzo de 2004 por la Dra. Norma Di Noto, Titular del Juzgado Nacional Comercial No. 15. Dicha Resolución fue apelada por tres acreedores, estando a resolución de la Cámara al momento de escribir este artículo.

<sup>65</sup> El acuerdo preventivo extrajudicial de Acindar se presentó ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial No. 9, Secretaría No. 17, a cargo del Dr. Eduardo M. Favier Dubois (h). El acuerdo fue homologado por el Tribunal el 2 de agosto de 2004.

<sup>66</sup> El acuerdo preventivo de Autopistas del Sol fue homologado el pasado 9 de diciembre de 2003 por resolución de la Dra. Julia M. Villanueva, interinamente a cargo del Juzgado No. 17, Secretaría No. 33 al momento de la homologación. La Resolución fue ratificada por la Cámara Nacional Comercial, sala "A", el pasado 14 de abril de 2004.

<sup>67</sup> El acuerdo preventivo extrajudicial de Multicanal fue homologado el pasado 14 de abril de 2004 por resolución del Dr. Ottalenghi, Titular del Juzgado Nacional Comercial No. 4, Secretaría No. 8.

<sup>68</sup> En este sentido, se deberá tener en cuenta el estudio sobre la legislación concursal de varios países (entre ellos, Argentina) efectuado por el Banco Mundial, en su "Reporte de observancia de estándares y códigos (ROSC)", que propone recomendaciones

mediante la Ley 25.589 facilitaron la existencia de un escenario favorable para llevar a cabo reestructuraciones de este tipo en Argentina, evitando así que alguna de nuestras grandes empresas se viera tentada a seguir el ejemplo de Avianca.

## VI. EL CASO MULTICANAL

Un ejemplo contrario al de Avianca puede encontrarse en la reestructuración llevada a cabo por la empresa argentina de televisión por cable Multicanal S.A. (Multicanal). Esta sociedad llevó adelante su proceso de reorganización de conformidad con las normas previstas en la Ley de Concursos y Quiebras 24.522, aplicando el procedimiento del Acuerdo Preventivo Extrajudicial (conocido como APE), regulado en los artículos 69 a 76 de dicho cuerpo normativo. Como su nombre lo indica, el APE es un procedimiento mayormente extrajudicial, que resulta muy conveniente para el deudor, ya que le permite buscar los consensos con sus acreedores fuera del ámbito judicial, sin intervención del juzgado ni de una sindicatura concursal (la cual, a diferencia del concurso preventivo, no se designa en los APE).

Reunidas las mayorías legales (que son las mismas que se exigen para el concurso preventivo, es decir, mayoría absoluta de capital que representen los 2/3 del capital quirografario computable), o, inclusive, antes de ello en supuestos particulares, el deudor efectúa una presentación judicial al juez comercial competente, solicitando el inicio formal del procedimiento del APE, lo que tiene importantes efectos. El principal es la suspensión de todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor, tal como ocurre ante un supuesto de concurso preventivo (artículo 72 *in fine* Ley de Concursos y Quiebras).<sup>89</sup> Obtenidas las mayorías legales, y luego de un procedimiento de publicación de edictos y eventual oposición de acreedores por causas muy limitadas, el juez puede dictar resolución homologatoria del acuerdo alcanzado por el deudor con sus acreedores, el cual tendrá el efecto del artículo 56 de la Ley de Concursos y Quiebras, es decir, será aplicable a todos los acreedores quirografarios cuyos créditos se hayan originado en causa anterior a la presentación, aunque no hayan prestado su conformidad con el acuerdo.

El supuesto es interesante de analizar ya que, como Avianca, la principal deuda de Multicanal era de carácter financiero y provenía de obligaciones negociables emitidas durante la década del noventa, sometidas en su gran mayoría a la legislación y jurisdicción del Estado de Nueva York, Estados Unidos. Ahora bien, a diferencia de Avianca, que acudió a la legislación estadounidense para reestructurar sus deudas, Multicanal decidió llevar adelante su reorganización en Argentina y se opuso con tenacidad a que su caso sea tratado por los tribunales estadounidenses una vez que el tribunal argentino había reconocido su jurisdicción para conocer el caso.

Multicanal obtuvo la homologación de su APE en Argentina mediante Resolución dictada por el Titular del Juzgado Nacional Comercial No. 4, Secretaría No. 8, de fecha 14 de abril de 2004. La resolución fue apelada por varios acreedores y mientras la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial se encontraba analizando dicha apelación, uno de sus principales acreedores inició un procedimiento de quiebra involuntaria en los Estados Unidos de América conforme lo autorizado por la *Section 303 del Bankruptcy Code*, alegando el incumplimiento de los títulos en serie emitidos por la empresa (que efectivamente en dicha fecha se encontraban impagos).

En su defensa, Multicanal inició el procedimiento del artículo 304 del *Bankruptcy Code* que permitía iniciar en los Estados Unidos de América un "caso auxiliar a un procedimiento extranjero"

para pasos inmediatos y a largo plazo. Una de dichas recomendaciones es, precisamente, la adopción de la Ley Modelo de UNCITRAL. Por otra parte, el profuso desarrollo jurisprudencial existente sobre las modificaciones incorporadas por Ley 25.589 (como el APE en su nueva versión) en estos tres años de vigencia de la ley representan una valiosa herramienta que no puede ser soslayada.

<sup>89</sup> Acertadamente, la jurisprudencia ha reducido el alcance de esta suspensión solo a aquellas acciones que impliquen actos de ejecución forzosa.

(*"case ancillary to a foreign proceeding"*) tendiente a que se restrinja (*enjoin*) el inicio de un juicio (o su continuación) contra un deudor respecto de bienes alcanzados por el procedimiento extranjero o directamente contra sus bienes.<sup>80</sup> El artículo 304 permitía que se iniciara este procedimiento ante los tribunales estadounidenses cuando existieran un procedimiento concursal extranjero y —paralelamente— acciones legales (o exista el riesgo de que se inicien) en los Estados Unidos. Para merituar el otorgamiento o no de este tipo de medida, el tribunal norteamericano debía atender a lo que "mejor asegure una administración expedita y económica del patrimonio"<sup>81</sup>, para lo cual debía tener en cuenta los siguientes elementos:

- (i) un justo tratamiento para todos los titulares de créditos o intereses;
- (ii) la protección de los titulares de créditos pagaderos en los Estados Unidos contra los prejuicios y los inconvenientes que pudieran sufrir si debieran verificar sus créditos en el extranjero;
- (iii) la prevención respecto de normas o disposiciones preferenciales o fraudulentas de bienes;
- (iv) que la distribución de los resultados del activo se realice en una forma sustancialmente similar a lo prescrito en el *Bankruptcy Code*;
- (v) cortesía internacional (*comity*); y,
- (vi) en caso corresponda, que se prevea en dicho procedimiento la oportunidad de un "fresh start" para la persona física concursada.

Considerando cumplidos dichos recaudos, el 6 de enero de 2005 el Tribunal de Quiebras del Distrito Sur de New York (*United States Bankruptcy Court Southern District of New York*) —a cargo del juez Allan L. Gropper— resolvió que el APE debía tener plenos efectos en los Estados

<sup>80</sup> El artículo 304 del *Bankruptcy Code* ha sido derogado por el *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005* (la *Bankruptcy Act de 2005*), aprobada por el Presidente de los Estados Unidos de América, George W. Bush, el pasado 20 de abril de 2005, que entrará en vigencia, salvo disposiciones particulares, el 17 de octubre de 2005. Si bien un análisis detallado de las reformas introducidas por la *Bankruptcy Act de 2005* escapa al presente trabajo, cabe destacar que incorpora un nuevo capítulo dedicado a casos de insolvencia transfronteriza (el *Chapter 15*), siguiendo a la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza promulgada y adoptada por UNCITRAL el 30 de mayo de 1997. El objetivo del *Chapter 15* es promover la cooperación entre los Estados Unidos y los tribunales extranjeros en casos de insolvencia transfronteriza, e incluye regulaciones relativas al acceso de representantes extranjeros y acreedores a los *bankruptcy courts*, reconocimiento de procedimientos concursales extranjeros y procedimientos concurrentes. El *Chapter 15* tendrá aplicación cuando un tribunal extranjero o un representante extranjero requieran asistencia en los Estados Unidos con relación a un procedimiento concursal extranjero o cuando se requiera asistencia de un tribunal extranjero con relación a un procedimiento que se tramita bajo el *Bankruptcy Code*. Asimismo, será de aplicación cuando un procedimiento concursal extranjero y un procedimiento bajo el *Bankruptcy Code* relativos al mismo deudor transcurran simultáneamente o cuando acreedores en un país extranjero tengan interés en comenzar o participar en un procedimiento bajo el *Bankruptcy Code*. Asimismo, el *Chapter 15* incluye estándares más relajados para el reconocimiento de procedimientos extranjeros, lo cual podría aumentar el número del inicio de "casos auxiliares o procedimientos extranjeros" (*ancillary proceedings*) en los Estados Unidos. Por otra parte, regula la posibilidad de suspensión automática de los procedimientos locales en dicho Estado al reconocerse un procedimiento concursal principal extranjero y el reconocimiento del derecho de un representante extranjero a demandar y ser demandado en los Estados Unidos y a obtener el reconocimiento de órdenes impartidas por el tribunal extranjero. La reforma introducida al *Bankruptcy Code* por la *Bankruptcy Act de 2005* puede consultarse en: [http://www.fedregato.nccoss.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=109\\_cong\\_public\\_laws&docid=fpub008.109](http://www.fedregato.nccoss.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=109_cong_public_laws&docid=fpub008.109)

<sup>81</sup> Conforme al artículo 304 (e) del *Bankruptcy Code* —actualmente derogado en virtud de la reciente sanción de la *Bankruptcy Act de 2005*—. Cabe destacar que, a pesar de dicha derogación, es dable esperar que la profusa jurisprudencia relativa a los elementos del artículo 304 sea utilizada por los tribunales americanos en la aplicación del *Chapter 15* recientemente incorporado al *Bankruptcy Code*. Ello, por cuanto si bien el *Chapter 15* no exige la presencia de los criterios del artículo 304 para reconocer un procedimiento concursal extranjero, dichos criterios resultan fundamentales a la hora de otorgar asistencia adicional al representante extranjero. En efecto, el artículo 1507 del *Bankruptcy Code* reformado dispone que solo se otorgará asistencia adicional siempre que ello resulte conforme con los principios de cortesía internacional y está presentes los criterios antes previstos por el artículo 304, es decir: (i) un justo tratamiento para todos los titulares de créditos o intereses; (ii) la protección de los titulares de créditos

Unidos, en la misma extensión que tiene en la República Argentina y debía ser vinculante para todos los acreedores de Multicanal en los Estados Unidos. Ello, sujeto a que Multicanal ofreciera una propuesta alternativa para sanear un supuesto trato discriminatorio que el juez consideró existente respecto de ciertos acreedores en los Estados Unidos de América, tenedores de ciertas obligaciones negociables. Dicha propuesta debía ser sometida al tribunal para su revisión y aprobación.

Asimismo, el juez rechazó el procedimiento de quiebra involuntaria iniciado contra Multicanal por uno de sus principales acreedores y prohibió el inicio (o continuación) en los Estados Unidos de procedimientos judiciales, administrativos o arbitrales contra Multicanal —o contra cualquier bien de su propiedad— por parte de todos los acreedores de Multicanal que pudieran interferir con la administración e implementación del APE o que tuvieran vinculación con bonos, obligaciones negociables o cualquier deuda bancaria contraída por Multicanal sujeta al APE.

Adicionalmente, suspendió los juicios iniciados ante la Corte Suprema del Estado de Nueva York contra Multicanal, prohibiendo a los demandantes continuar dichos juicios o reclamar lo allí pretendido mediante otras vías ya sea judiciales, administrativas o arbitrales.

Por último, requirió la devolución a Multicanal de todo bien de propiedad de este en posesión de terceros —junto con los frutos derivados de los mismos— para que fueran administrados por la empresa en los términos del APE.

Como puede apreciarse de las medidas dispuestas en el fallo citado, y a la luz del principio rector de asegurar una administración expedita y económica del patrimonio establecido en el inciso (c) del artículo 304 del *Bankruptcy Code*, el juez Gropper otorgó prioridad al procedimiento concursal local, reduciendo al mínimo posible la intervención del tribunal extranjero. Ello, no sin antes asegurar el trato equitativo de los acreedores interesados.

Dicho pronunciamiento configura un importante apoyo para la postura que propugna que los procesos de reorganización sean realizados en su foro natural, independientemente de la nacionalidad del acreedor, del lugar donde el crédito sea pagadero y de la ley que las partes hubieran convenido. Por otra parte, la decisión del juez Gropper es la primera que reconoce el carácter de procedimiento concursal local (*“foreign proceeding”*) del APE, más allá de que este instituto no sea un procedimiento íntegramente judicial como el concurso preventivo y la quiebra.

Es de esperar que este antecedente tenga también importancia en aplicación del artículo 15 y siguientes de la Ley Modelo (recientemente incorporada como *Chapter 15* del *Bankruptcy Code*), que requiere que se acredite la existencia del “procedimiento extranjero” para hacer aplicables los importantes efectos que ello conlleva (paralizar toda medida de ejecución contra los bienes del deudor y la iniciación o continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor; suspender todo derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de algún otro modo de esos bienes).<sup>25</sup> Recordamos que la Ley Modelo incluye una definición de lo que debe entenderse por “procedimiento extranjero”: “el procedimiento colectivo, ya sea judicial o

pagaderos en los Estados Unidos contra los perjuicios y los inconvenientes que pudieran sufrir si debieran verificar sus créditos en el extranjero; (iii) la provisión respecto de normas o disposiciones preferenciales o fraudulentas de bienes; (iv) que la distribución de los resultados del activo se realice en una forma sustancialmente similar a lo prescripto en el *Bankruptcy Code*; y, (v) en caso correspondiente, que se provea en dicho procedimiento la oportunidad de un “fresh start” para la persona física concursada. La aplicación de la profusa jurisprudencia en torno al artículo 304 a la aplicación del *Chapter 15* ha sido adelantada por el juez Allan L. Gropper, miembro del *U.S. Bankruptcy Court* del Distrito Sur de Nueva York, en: *Current Developments in International Insolvency Law*, p. 10, que puede consultarse en [http://www.insolnet.org/calendar/conferences4/Current\\_Developments.pdf](http://www.insolnet.org/calendar/conferences4/Current_Developments.pdf)

<sup>25</sup> Ver la descripción en el punto IV (d) de este artículo.

*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" (inciso a, del artículo 2).*

## VII. CONCLUSIONES

Una regulación sobre la insolvencia transfronteriza que no proteja debidamente los intereses de los inversionistas extranjeros jugará como un incentivo negativo para recibir nuevas inversiones. Por ello, no es conveniente mantener en las legislaciones internas reglas discriminatorias hacia acreedores del exterior ante un supuesto de insolvencia.

Los efectos de la globalización han otorgado al tema de la insolvencia internacional una importancia significativa en los últimos años. Argentina, así como los restantes países de Latinoamérica, no cuentan con un marco regulatorio adecuado para tratar las cuestiones conflictivas que surgen ante un procedimiento de insolvencia con cuestiones internacionales. Por lo tanto, es recomendable seguir el ejemplo de México y de los Estados Unidos de América e incorporar en nuestras legislaciones la Ley Modelo de UNCITRAL sobre insolvencia transfronteriza.

Las sociedades en situación de crisis o insolvencia que decidan reestructurar sus obligaciones mediante un mecanismo concursal (concurso preventivo o acuerdo preventivo extrajudicial) deben hacerlo en su foro natural (el de su domicilio o lugar del principal establecimiento). Es esencial que los tribunales extranjeros reconozcan los procedimientos de reorganización llevados adelante en sus foros naturales (el de su "centro principal de intereses"), no permitiendo que acreedores *holds-outs* obstaculicen el acuerdo mediante acciones legales iniciadas en tribunales de otro país (alegando la jurisdicción originariamente prevista en los documentos de emisión de los títulos en serie) para obtener ventajas y evadir el principio de la suspensión de acciones dictado por el tribunal que conoce el proceso concursal. Las decisiones alcanzadas en el caso "Multicanal" serán seguramente un precedente importante para evitar que este tipo de acciones perjudiquen el proceso de reorganización llevado a cabo donde se ubica el establecimiento principal del deudor.

Si bien es claro que un mecanismo concursal, para superar una situación de crisis o insolvencia, será más eficiente y equitativo cuando se tramita en el foro natural del deudor, es necesario que la ley concursal local otorgue un marco adecuado para llevar adelante complejas reestructuraciones que contengan elementos internacionales, respetando por igual los derechos de los acreedores, independientemente de su carácter de créditos "locales" o "extranjeros".

Finalmente, y dado el alcance de las normas sobre jurisdicción de los tribunales estadounidenses, es dable esperar que el ejemplo de Avianca sea seguido por otras empresas que tengan problemas financieros en más de un país y cuyas legislaciones concursales no prevean un marco legislativo propicio para alcanzar una reestructuración que involucre elementos internacionales.