

La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI ó UNCITRAL) sobre insolvencia transfronteriza de 1997

Por Pablo D. Heredia (*)

Sumario: § 1.- Introducción. § 2. Antecedentes de la Ley Modelo. § 3. Incorporación al derecho interno. § 4. Ámbito de aplicación de la Ley Modelo. § 5. Definiciones. § 6. Exclusiones. § 7. Acceso de los representantes extranjeros. § 8. Reconocimiento. § 9. Información subsiguiente y medidas cautelares o de aseguramiento de prueba. § 10. Efectos del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal. § 11. Tratamiento de acreedores extranjeros. § 12. Actos perjudiciales para los acreedores. § 13. Cooperación. § 14. Procedimientos paralelos. § 15. Coordinación. § 16. Regla de pagos para procedimientos paralelos.

§ 1.- Introducción.- En razón de su carácter de juicio universal, es decir, que se proyecta a todo el patrimonio del deudor, la quiebra debe ser única. Ello es así, ante todo, porque la quiebra liquida un patrimonio que se presenta como una unidad en función del sujeto, pero también lo es porque el deudor tiene una personalidad única e indivisible.

Lo anterior fundamenta el sistema de unidad de la quiebra o de universalidad que, en general, las legislaciones nacionales adoptan en el derecho interno (es decir, en el territorio nacional sólo se concibe un único proceso concursal para la misma persona, que abarca a todos sus bienes existentes en el país -salvo exclusiones específicas dispuestas- así como a todos los acreedores), pero que descartan en el plano internacional. En efecto, cuando se trata de supuestos de insolvencia transfronteriza, la mayoría de las naciones siguen, por el contrario, el principio contrario al sistema de la unidad o universalidad de la quiebra, aceptando una pluralidad de procedimientos concursales con incidencia limitada, exclusivamente, a los bienes radicados en el Estado en que cada uno fue iniciado. Que ello sea así es la consecuencia básicamente de tres factores: en primer lugar, porque por razones obvias las legislaciones de los diversos países no pueden establecer cuáles son los alcances en el extranjero que tiene la sentencia de quiebra dictada por un juez nacional, sino que sólo pueden fijar cuáles son los efectos de un concurso extranjero en el territorio propio; en segundo lugar, porque ello es el correlato necesario del fenómeno de la dispersión internacional de los bienes, o sea, que las personas jurídicas o individuales poseen bienes radicados en los más diversos países sujetos a las respectivas legislaciones; y en tercer lugar, porque de tal modo defiende el comercio interior y se brinda garantía para los acreedores que el deudor tenga en el país frente a normas similares contenidas en leyes extranjeras.

Sólo algunas naciones, en forma excepcional, adoptan el principio de la unidad o universalidad en el plano internacional, con lo cual la quiebra declarada en un país abarca la totalidad del patrimonio del quebrado y produce plenos efectos en otros países (Bélgica, Luxemburgo, Japón).

Empero, aun las naciones que siguen el principio de la pluralidad, no lo hacen en forma totalmente pura. Como lo señala Esplugues Mota, la realidad demuestra que son muy pocos, rayando la excepcionalidad, los sistemas que optan por un alineamiento pleno con los principios de pluralidad de la quiebra. De hecho, aunque se parta de la aceptación de la existencia de un conjunto de procedimientos concursales desarrollados en diversos países, tal opción difícilmente viene acompañada de una admisión del carácter estrictamente territorial de la quiebra. La posición a favor del primero de los dos principios –la pluralidad– se encuentra presente en bastantes ordenamientos nacionales, sin embargo, la correlativa opción a favor de la territorialidad del concurso se ve ampliamente matizada en gran parte de los modelos nacionales que, lejos de limitar los efectos de la quiebra iniciada en el país a los bienes del quebrado allí presentes, los reputan de la totalidad del patrimonio del quebrado, con independencia de donde se encuentre éste. Esta alteración de los parámetros iniciales se plasma, también, con posterioridad, en el ámbito de la eficacia de los procedimientos concursales extranjeros, al reconocerse algunos efectos a las quiebras declaradas en otro Estado ¹.

Las interferencias que todo ello produce, ha llevado a la necesidad de aproximar las distintas legislaciones nacionales mediante la búsqueda de soluciones convencionales entre los países, dando ello lugar a un proceso de codificación internacional que ha tenido dos vertientes principales: a) la suscripción de convenios bilaterales relativos a la insolvencia; y b) la suscripción de convenios multilaterales.

En el primer grupo, pueden ser citados los siguientes casos: 1) Convenio franco-belga del 8 de julio de 1899; 2) Convenio belga-holandés del 28 de marzo de 1925; 3) Convenio franco-italiano del 3 de junio de 1930; 4) Convenio franco-monaguesco del 13 de setiembre de 1950; 5) Convenio austro-belga del 16 de julio de 1969; 6) Convenio austro-italiano del 12 de julio de 1977; 7) Convenio franco-austríaco del 27 de febrero de 1979; y 8) Convenio entre la República Federal de Alemania y Austria del 25 de mayo de 1979 ².

Por su parte, en el segundo grupo, se ubican convenios multilaterales tales como los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, dentro del ámbito latinoamericano; y en el marco de las comunidades europeas, cabe citar la Convención del Consejo de Europa relativa a los procedimientos de Insolvencia, suscrita en 1995 ³. Cabe citar igualmente, la Convención de la Habana de 1928

(*) Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Ciudad de Buenos Aires, República Argentina. Profesor de Derecho Concursal de la Universidad Católica Argentina, de la Universidad Austral y de la U.M.S.A. Miembro del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires.

¹ Esplugues Mota, C., “La quiebra internacional”, José María Bosch Editor, Barcelona, 1993, p. 52.

² Sobre estos antecedentes, véase: Esplugues Mota, C., ob. cit., ps. 103/124.

³ Para una reseña relativa sobre estos antecedentes véase nuestro “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, Ábaco, Buenos Aires, 2000, t. 1, ps. 303/314.

(Código Bustamante); la Convención sobre la quiebra de los Estados Nórdicos (año 1933); el Convenio de Estambul de 1990; etcétera.

Pero las cuestiones que suscita la insolvencia transfronteriza, han tenido un importantísimo avance con la labor desarrollada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI ó UNCITRAL ó), que en su 30° período de sesiones, desarrollado en Viena, entre el 12 al 30 de mayo de 1997, aprobó el texto final de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza (en adelante Ley Modelo).

Este instrumento tomó en consideración varios de los trabajos internacionales antes citados: Convenio de Estambul; Tratados de Montevideo; Convención sobre la quiebra de los Estados Nórdicos; Convención de la Habana; etcétera.

Según se expresa en una parte integrante de ella, la Ley Modelo tiene por finalidad: a) dar acceso a la persona que administra un procedimiento de insolvencia extranjero a los tribunales locales, a fin de permitir la adopción de medidas de coordinación entre los órganos judiciales o de otra índole para optimizar la administración de insolvencia; b) determinar cuándo debe otorgarse el “reconocimiento” a un procedimiento de insolvencia extranjero y las consecuencias de ese reconocimiento; c) enunciar en términos transparentes el derecho de los acreedores para iniciar un procedimiento de insolvencia en otro Estado y para participar en él; d) facultar a los tribunales para cooperar más eficazmente con los tribunales y representantes extranjeros que intervengan en un asunto de insolvencia; e) autorizar a los tribunales de un Estado y a las personas que administren procedimientos de insolvencia a solicitar asistencia en el extranjero; f) determinar la competencia de los tribunales y establecer reglas para la coordinación en caso de haberse abierto procedimientos paralelos en distintos Estados; y g) establecer reglas para la coordinación de las medidas otorgadas en un Estado a favor de dos o más procedimientos que se sigan en Estados extranjeros de un mismo deudor.

§ 2. Antecedentes de la Ley Modelo.- La Ley Modelo es el resultado de prolongadas negociaciones que, alternativamente, se celebraron en Viena (sede de la UNCITRAL), Nueva York, a partir de 1995, con el designio de incrementar el nivel de cooperación y coordinación de las distintas naciones en la resolución de los problemas que generan la dispersión de bienes de un mismo deudor en diversos países, cuando algunos de los acreedores de tal deudor no son del Estado en el que se ha abierto un procedimiento de insolvencia.

La Comisión inició la labor tendiente a la elaboración de la Ley modelo a partir de sugerencias presentadas en el Congreso de la CNUDMI “*Hacia un derecho mercantil uniforme para el siglo XXI*”, celebrada en Nueva York entre el 18 y el 22 de mayo de 1992.

Posteriormente, las cuestiones implicadas fueron abordadas por la CNUDMI en un coloquio relativo a la insolvencia transfronteriza celebrado en Viena, los días 17 a 19 de abril de 1994, con participación de la Asociación Internacional de Especialistas en casos de Insolvencia (INSOL), oportunidad en la que se sugirió profundizar la labor respecto de temas muy acotados, tales como la forma de

cooperación entre administradores extranjeros, y las reglas para el reconocimiento de procedimientos extranjeros de insolvencia.

Otro coloquio, en este caso judicial, celebrado en Toronto el 22 y 23 de marzo de 1995, con la participación de la CNUDMI, INSOL y jueces de distintos países, aconsejó la elaboración de un marco legal para la solución de los problemas sobre insolvencia transfronteriza.

En el mismo año, la Comisión encomendó la tarea de elaborar un instrumento relativo al tema al Grupo de Trabajo, uno de los tres órganos subsidiarios de la Comisión. Cabe observar que tal Grupo de Trabajo está compuesto por todos los estados miembros de la Comisión, entre los que se encuentran: Alemania, Arabia Saudita, Argelia, Argentina, Australia, Botswana, Brasil, Bulgaria, Camerún, Chile, China, Ecuador, Egipto, Eslovaquia, España, Estados Unidos de América, la Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Hungría, India, Irán, Italia, Japón, Kenya, México, Nigeria, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Tanzania, Singapur, Sudán, Tailandia, Uganda y Uruguay.

El Grupo de Trabajo dedicó cuatro períodos de sesiones, de dos semanas cada uno, a la elaboración del proyecto. En el 18° periodo de sesiones (Viena, 30 de octubre a 10 de noviembre de 1995) estudió las posibles cuestiones que podría contemplar el instrumento, en los períodos de sesiones 19°, 20° y 21 (Nueva York, 1 a 12 de abril de 1996; Viena, 7 a 18 de octubre de 1996; y Nueva York, 20 a 21 de enero de 1997), consideró diversos proyectos tentativos sobre el particular.

Previo a la aprobación del texto definitivo, el proyecto se sometió a la observación en el segundo coloquio judicial multinacional CNUDMI/INSOL sobre insolvencia transfronteriza, celebrado en Nueva Orleans los días 23 a 26 de marzo de 1997.

Como se dijo, estas tareas culminaron en el 30° período de sesiones de la Comisión, en el que se negoció y aprobó el texto definitivo de la Ley Modelo. Participaron los Estados Miembros de la Comisión, representantes de 40 países observadores y 13 organizaciones internacionales. En esa oportunidad, la Comisión no examinó un proyecto de “Guía para la incorporación al derecho interno de las disposiciones de la Ley Modelo sobre insolvencia transfronteriza”, que había preparado la Secretaría sobre la base de las disposiciones en ese momento proyectadas. No obstante, la Comisión pidió a la Secretaría la preparación de la versión definitiva de esa guía, la cual se publicó conjuntamente con el texto de la Ley Modelo en un único instrumento ⁴.

§ 3. Incorporación al derecho interno.- En los trabajos preparatorios se discutió si la regulación del fenómeno de la insolvencia transfronteriza debía ser presentada en forma de una disposición legal modelo, o si –aunque no excluyentemente– debía prepararse una convención o disposiciones convencionales modelo. En el 20° periodo de sesiones, el Grupo de Trabajo se optó por lo primero. Esto fue así, porque se consideró que la vía de la incorporación de una ley modelo al

⁴ La lectura de la “Guía” resulta imprescindible para la comprensión de la Ley Modelo. El presente trabajo se ha nutrido de ella de modo especial.

ordenamiento interno permite al Estado de que se trate adaptarla según sus necesidades, modificando –en cuanto sea permitido– alguna de sus disposiciones, u omitiendo incorporarlas en tanto no alterase su sustancia. En este sentido, la incorporación de una ley modelo admite una flexibilidad que no permite una convención, aunque está claro que la posibilidad que se otorga a un Estado de adaptar la ley modelo a sus necesidades, no puede llevarse al extremo de desnaturalizar la vocación del instrumento para constituir un derecho uniforme sobre la temática de la insolvencia transfronteriza.

En suma, la Ley Modelo ha sido redactada a fin de que cada país pueda incorporarla a su derecho interno como una ley especial o bien como una parte (capítulo o sección) de la ley sobre insolvencia que estuviera vigente, permitiéndose modificaciones fundamentalmente para su adaptación a la *lex fori* que rija sobre las cuestiones de insolvencia de las personas.

Así ya lo ha hecho recientemente, por ejemplo, México en su “Ley de Concursos Mercantiles” sancionada el 27 de abril de 2000, incorporando a su Título Duodécimo las disposiciones de la Ley Modelo de que se trata (arts. 278 a 310).

Para facilitar la adaptación al derecho interno del texto de la Ley Modelo, se siguieron algunas pautas, entre las que cabe destacar: a) la adopción de la Ley Modelo no implica cercenar el derecho de los acreedores locales para que entablen o prosigan un procedimiento local de insolvencia (art. 28); b) se respeta el orden público como válvula para excluir o limitar la aplicación de la Ley Modelo (art. 6); c) las medidas otorgables a favor de un procedimiento de insolvencia extranjero, no pueden ir en desmedro de los sujetos involucrados en el procedimiento de insolvencia local (art. 22).

Cabe observar, finalmente, que por el hecho de incorporarse al derecho interno y, consiguientemente, formar parte de él, las normas de la Ley Modelo no podrán prevalecer en caso de conflicto con disposiciones de acuerdos o tratados sobre la misma materia que hubiera firmado el Estado. En otras palabras, en caso de conflicto entre la Ley Modelo y una obligación del Estado nacida de un tratado u otra forma de acuerdo del que forme parte, prevalecerán las disposiciones de ese tratado o acuerdo (art. 3). Se aplica el principio de supremacía de las obligaciones internacionales del Estado sobre el derecho interno (art. 27 de la Convención de Viena), propio también de nuestro sistema jurídico ⁵.

⁵ Corte Suprema, in re "Ekmedjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros", del 7 de julio de 1992, espec. considerandos 18 a 20, reg. en LL 1992-C, pág. 543; Corte Suprema, causa F.433 XXIII "Fibracon Construcciones SCA c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", sentencia del 7.7.93, considerando 3, reg. en ED 154-185; Corte Suprema, causa "Cocchia, Jorge D. c/ Estado Nacional" del 2.12.93, considerando 12, reg. en LL 1994-B, pág. 643; CNFed. Civ. Com. Sala III, in re "The Keds Corporation c/ Brahim Hnos. S.A." del 11.10.95; Boggiano, A. "Introducción al derecho internacional - Relaciones Exteriores de los ordenamientos jurídicos", págs. 125 y sgtes, Bs. As. 1995. Además, véase sobre el tema: Recalde de Villar, M.C. "Tratados Internacionales - jerarquía normativa", LL 1995-C, p. 1355; Sagües, N.P. "Los tratados internacionales en la reforma constitucional argentina de 1994", LL 1994-E, p. 1036; Colautti, C.E. "Los tratados internacionales y la reforma de la constitución", LL 1994-D, p. 1145; Legarre, S. "Los tratados internacionales y su ley aprobatoria en el derecho argentino", LL 1996-A, p. 1009; Ramírez Calvo, R. "La constitución reformada y los tratados internacionales", LL 1995-B, p. 773.

§ 4. Ámbito de aplicación de la Ley Modelo.- Conocida es la diversidad de las soluciones que ofrecen las legislaciones del mundo frente al fenómeno de la insolvencia. Ellas van desde la instrumentación de simples suspensiones de pagos o moratorias, hasta el concurso liquidativo de los bienes del deudor, pasando en algunos casos por procedimientos de tipo conservativo de la actividad empresarial u otros más sofisticados de naturaleza reorganizativa, con o sin desplazamiento del deudor al frente de sus negocios, gerenciamiento por terceros, participación activa de los acreedores, etcétera. Por otra parte, también es sabido que el concepto de “insolvencia” como presupuesto de actuación de la ley concursal, no designa en el derecho comparado un mismo fenómeno, pues algunas legislaciones aluden a la insolvencia con un significado restringido referente, por ejemplo, al presupuesto sustancial de actuación de los procedimientos de concurrencia colectiva sobre sociedades comerciales, y otras, en cambio, al procedimiento colectivo referente a una persona de existencia física. Tampoco las leyes concursales de los distintos países son concorden en cuanto al sujeto pasivo de los procedimientos que estatuyen, pues algunas se vinculan específicamente al deudor comerciante, y otras no establecen diferenciación alguna de esa naturaleza.

Los redactores de la Ley Modelo, conscientes de tales particularidades, redactaron un instrumento que: a) no aprehende cualquier procedimiento colectivo sobre un deudor basado en su insolvencia, sino solamente aquellos que tengan por finalidad la reorganización o liquidación de sus bienes y negocios (art. 2, inc. a, in fine); b) debe tratarse de un procedimiento basado en el principio de la “colectividad”; c) la “insolvencia” considerada por la Ley Modelo no es entendida con acepción técnica alguna que permita discriminar la persona del deudor, sino que es entendida en un sentido amplio a fin de sujetar la aplicabilidad de la Ley Modelo tanto al sujeto de existencia física como al de existencia ideal; d) en su caso, la “insolvencia” requerida tampoco se identifica con el estado de cesación de pagos, sino que cubre en un sentido más amplio que, al igual que en el modelo de la Convención de la Unión Europea, abarca inclusive a...; e) tampoco discrimina el procedimiento de insolvencia en función de la condición de comerciante o no del deudor, calificada según el derecho interno, pero deja a salvo la facultad de cada país adherente para excluir su aplicación a los no comerciantes cuando la ley interna sólo regule la insolvencia de los comerciantes o, por ejemplo, para incluir a los no comerciantes cuando sus deudas superen cierto nivel; e) no es excluyente que el deudor y sus asuntos se encuentre sujeto a vigilancia de alguna índole.

Puede decirse, pues, que los “procedimientos extranjeros” que son susceptibles de ser alcanzados por las reglas de la Ley Modelo, son aquellos de carácter obligatorio o voluntario, relativos a personas jurídicas o de existencia visible, de liquidación o reorganización, e inclusive aquellos en los que el deudor conserva cierto control sobre sus bienes bajo la supervisión del tribunal.

En su caso, es exigencia que tales procedimientos se encuentren reglados por una ley interna relativa a la insolvencia (cit. art. 2), lo cual excluye, por ejemplo, los

acuerdos extrajudiciales reorganizativos o liquidatorios cuya base, como es sabido, es contractual⁶.

Por otra parte, el procedimiento alcanzado por la Ley Modelo no necesariamente debe ser judicial, pues ella resulta igualmente aplicable a los procedimientos administrativos⁷, incluidos los de índole provisional⁸, con tal que, como también debe ocurrir en los judiciales, tenga por fin sujetar los bienes y negocios del deudor al control o a la supervisión de un tribunal extranjero, a los efectos de su reorganización o liquidación.

Teniendo en cuenta los presupuestos señalados, la Ley Modelo determina en el art. 1° las diversas cuestiones que pueden suscitarse y a las que tal instrumento brinda solución: a) recepción de una solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero; b) envío por un tribunal o administrador del Estado promulgante de una solicitud de reconocimiento de un procedimiento incoado con arreglo a su derecho interno; c) coordinación de procedimientos que se estén celebrando simultáneamente en dos o más estados; y d) participación de acreedores extranjeros en procedimientos de insolvencia que estén tramitando con arreglo al derecho interno.

§ 5. Definiciones.- Al lado de lo que en la Ley Modelo genéricamente se llama “procedimiento extranjero” (cuyas notas acaban de ser examinadas), tal instrumento ha creído conveniente precisar el alcance de diversos conceptos incluidos en su texto, para facilitar una exacta comprensión de sus alcances.

En tal sentido, la Ley Modelo señala que por “procedimiento extranjero principal” se entiende un procedimiento extranjero, que no sea ya un procedimiento extranjero principal, que se siga en un Estado donde el deudor tenga el “centro de sus principales intereses” (art. 2, inc. b), expresión esta última tomada del art. del Convenio de la Unión Europea relativo a los procedimientos de insolvencia (art.), y a la que vuelve a hacer referencia la Ley Modelo en su art. 16, inc. 3, para señalar que “...salvo prueba en contrario, se presumirá que el domicilio social del deudor o su residencia habitual, si se trata de una persona natural, es el centro de sus principales intereses...”.

En cambio, por “procedimiento extranjero no principal” la Ley Modelo identifica al que no siendo principal, se sigue en un Estado donde el deudor tenga un establecimiento, entendiéndose por tal el lugar de operaciones en que el deudor

⁶ Sobre la naturaleza contractual de los concordatos extrajudiciales y su objeto reorganizativo o liquidatorio en nuestro derecho, véase: Heredia, P.D., “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, Ábaco, Buenos Aires, 2000, t. 2, ps. 523/527 y 560/569.

⁷ Algunas legislaciones recurren al procedimiento judicial solo en caso de quiebra, después de fracasado un procedimiento administrativo que también puede involucrar la liquidación extrajudicial de bienes. Es el caso, por ejemplo, de la ley de reestructuración empresarial del Perú de 1992, que hemos examinado en nuestro “Tratado...”, t. 1, ps. 81/84.

⁸ Los procedimientos de índole provisional, mencionados en el art. 2 de la Ley Modelo, son aquellos contemplados en diversas legislaciones en los cuales “a título provisional” se colocan los bienes del deudor bajo la administración de personas designadas al efecto, debiendo transcurrir cierto tiempo antes de que el tribunal emita un mandato confirmando las actuaciones con carácter no provisional.

ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios (art. 2, incs. c y f). De tal modo, para que se pueda reconocer un procedimiento extranjero no principal, es preciso que el deudor tenga un establecimiento en el territorio del foro extranjero. La referencia al “establecimiento” está extraída del art. 2, inc. h, del Convenio de la Unión Europea relativo al procedimiento de insolvencia.

Por su lado, por “representante extranjero” se entiende la persona u órgano, incluso designado a título provisional, facultado en un procedimiento extranjero para administrar la reorganización o liquidación de los bienes o negocios del deudor, o para actuar como representante del procedimiento extranjero (art. 2, inc. d). Es decir, se trata de la persona a la cual la *lex fori* confiere la administración de los bienes del deudor en un procedimiento de insolvencia, v.gr. síndico, curador, trustee, etcétera.

En la letra de la Ley Modelo se entiende por “tribunal extranjero” a la autoridad judicial o de otra índole que sea competente a los efectos del control o la supervisión de un procedimiento extranjero (art. 2, inc. e). En otras palabras, el trato dispensado a un procedimiento extranjero, principal o no principal, será el mismo sea que tramite ante un tribunal judicial o ante un órgano administrativo. Se trata de una previsión que ha sido tomada del art. 2, inc. e, del Convenio de la Unión Europea relativo al procedimiento de insolvencia.

§ 6. Exclusiones.- Del ámbito de aplicación de la Ley Modelo, se excluyen a los procedimientos o regímenes especiales organizados por las leyes internas de los países que tuvieran por objeto la liquidación o reorganización de entidades bancarias o de seguros las cuales son citadas por su art. 1, in fine, solo como ejemplos de deudores que, en el común de las naciones, son sometidos a reglas especiales de tratamiento frente a su insolvencia, atendiendo a la necesidad de proteger intereses sectoriales vitales de la economía. De tal suerte, por ejemplo, podría cualquier estado excluir del ámbito de aplicación de la Ley Modelo otros supuestos tales como los regímenes especiales de liquidación o reorganización de empresas de servicios públicos. No obstante, cabe señalar que, sin contradicción con lo anterior, la Ley Modelo deja entender, además, que no habría inconveniente en que los estados miembros adoptaran una postura distinta, incluyendo a cualquiera de tales entidades dentro de su ámbito de aplicación si así lo creyeran conveniente, lo que podría darse especialmente cuando la legislación interna no hubiera previsto un régimen especial aplicable.

Por otra parte, la Ley Modelo no alcanza al reconocimiento de un procedimiento abierto en un Estado Extranjero en el que el deudor tenga bienes, pero no disponga de un establecimiento en el sentido del art. 2, inc. c). Como se destaca expresamente en la Guía para la Incorporación al Derecho Interno de la Ley Modelo, según el citado inciso c), para que haya un “procedimiento extranjero no principal”, ha de haber en el territorio del foro un establecimiento del deudor. Por ello, un procedimiento extranjero no principal sólo podrá ser reconocido, de haber sido incoado en el territorio de un Estado en donde el deudor tenga un establecimiento en el sentido del art. 2, inc. f. Tal regla no menoscaba el derecho, también reconocido por la Ley Modelo (art. 28), para iniciar un procedimiento en el

territorio de todos Estado en donde el deudor posea bienes. No obstante, los efectos de un procedimiento de insolvencia iniciado en un Estado en donde el deudor posea únicamente bienes, estarán normalmente circunscritos a los bienes situados en ese Estado; y en el caso en que, con arreglo a la *lex fori*, se vayan a administrar, en el marco de ese procedimiento de insolvencia, otros bienes del deudor ubicados en el extranjero, la problemática transfronteriza que ello suscite habrá de ser resuelta conforme a los arts. 25 a 27 de la Ley Modelo, es decir, como asunto de cooperación o coordinación internacional (punto n° 73 de la citada Guía).

§ 7. Acceso de los representantes extranjeros.- A los fines de asegurar su efectividad material, la Ley Modelo se ocupa, en primer lugar, de establecer la legitimación de cualquier “representante extranjero” para presentarse en los tribunales locales. En este sentido, prescribe el instrumento que “...Todo representante extranjero estará legitimado para comparecer directamente ante los tribunales del Estado...” (art. 9). Con ello, se garantiza el acceso a los síndicos, curadores, administradores judiciales, etc., designados en un proceso de desarrollado en el extranjero a fin de actuar localmente, sea para promover un proceso de insolvencia o para intervenir en alguno ya en trámite, sin dependencia del previo cumplir con requisitos formales, tales como determinados trámites consulares o licencias, lo que resulta claro de la circunstancia de que el precepto concede el derecho de acceso para ser ejercido “directamente”

Al respecto, prescribe la Ley Modelo que “el solo hecho de la presentación de una solicitud (de acceso) por un representante extranjero, no supone sumisión de éste ni de los bienes y negocios del deudor en el extranjero, a la jurisdicción de los tribunales del Estado para efecto alguno que sea distinto de la solicitud” (art. 10). Por esta regla se intenta evitar que el tribunal ante el cual se presenta el “representante extranjero” asuma jurisdicción sobre los bienes del deudor afectados por el proceso de insolvencia en donde fue designado dicho representante, posibilidad presente en algunas legislaciones procesales del derecho comparado, en las que se prevé que un tribunal se declare competente sobre una persona que presente una solicitud ante sus estrados por el solo hecho de su comparecencia. La idea es, pues, garantizar que la solicitud de acceso no sea motivo para exponer a la jurisdicción de los tribunales requeridos la totalidad de la masa patrimonial colocada bajo la administración del “representante extranjero”. Pero ello, no constituye una regla absoluta, pues la aplicación de la *lex fori* podría dar lugar a que el tribunal requerido asuma jurisdicción sobre los bienes bajo administración o supervisión del “representante extranjero”, por ejemplo, cuando nacieran créditos derivados de la actuación ilícita o conducta indebida de este último en el foro requerido.

Los artículos 11 y 12 de la Ley Modelo determinan el alcance que puede asumir la intervención del “representante extranjero” en el “tribunal extranjero” ante el cual se presente. En tal orden de ideas, tales preceptos aseguran legitimación al “representante extranjero” para promover un proceso de insolvencia local, o bien para participar en el que ya estuviera promovido, como se dijo.

Para lo primero, el art. 11 determina que la facultad del “representante extranjero” para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia, se

entiende dada en los términos permitidos por el derecho interno, cumpliéndose sus condiciones. En otras palabras, si el derecho interno no prevé un procedimiento de tipo reorganizativo, sino solamente liquidativo (quiebra) el “representante extranjero” solamente podrá solicitar la apertura este último, siempre que cumpla con las exigencia requeridas por la ley fori para ello, lo que se entiende establecido para evitar practicas abusivas. De tal suerte, la Ley Modelo no modifica para nada las condiciones del derecho interno referentes a la apertura del procedimiento de insolvencia que existieran. En este punto, el “representante extranjero” mencionado por la Ley Modelo, puede ser el de un procedimiento extranjero principal, o el de un procedimiento extranjero no principal, ya que no se discrimina ni podría discriminarse, pues ambos pueden tener interés legítimo en provocar la apertura del procedimiento de insolvencia en los tribunales del Estado ante el cual se presentan, v.gr. para la preservación de los bienes del deudor. No obstante, es de destacar que el art. 31 de la Ley Modelo determina una posición probatoria muy favorable respecto del “representante extranjero” de un “procedimiento extranjero principal” a los fines de lograr la apertura de un procedimiento de insolvencia, al establecer que, “...salvo prueba en contrario, el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal constituirá prueba válida de que el deudor es insolvente a los efectos de la apertura de un procedimiento con arreglo...” a la lex fori. En otras palabras, como consecuencia del reconocimiento del “procedimiento extranjero principal”, el citado art. 31 consagra una presunción *juris tantum* de insolvencia del deudor a los fines de la promoción y apertura del procedimiento de insolvencia en el Estado ante el cual el “representante extranjero” se presenta. Tal presunción, sin embargo, no se da si el procedimiento extranjero es “no principal”, pues un procedimiento de insolvencia comenzado en un Estado que no sea el centro de los principales intereses del deudor no significa necesariamente que el deudor haya de ser objeto del régimen de insolvencia en otros Estados. En este último caso, la prueba de la insolvencia para promover un procedimiento local resulta necesaria para proteger a los acreedores locales, siendo claro que el tribunal local en el que se pide la apertura, no está obligado más que por su lex fori en cuanto a los requisitos y criterios exigibles para establecer si el deudor está o no en estado de insolvencia.

Relativamente a la posibilidad, no ya de promover un procedimiento local, sino de intervenir en el que se encuentre en trámite, determina el art. 12 de la Ley Modelo que dicha participación tendrá el alcance que la lex fori determine. De tal manera, el precepto pretende asegurar al “representante extranjero” legitimación para actuar en todas las etapas del proceso de insolvencia local, especialmente en la liquidación y reparto de los bienes del deudor afectados por tal trámite, sin más límites (procesales o sustanciales) que los que pudieran resultar del derecho interno. Es de destacar que lo dispuesto por el art. 12 de la Ley Modelo, debe ser complementado con la regla del art. 24, según la cual “...Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero podrá intervenir, conforme a las condiciones prescritas por el derecho interno de este Estado, en todo procedimiento en el que el deudor sea parte...”. Esta última regla, que es aplicable a “representantes extranjeros” de procedimientos principales o no principales, tiende a evitar que se niegue legitimación al síndico, curador, administrador judicial, etc. de un procedimiento extranjero para participar en los pleitos (acciones individuales)

de toda índole, incluidos los extrajudiciales, que se hubieran deducido en contra del deudor, o que éste hubiera promovido. Por cierto, debe tratarse de pleitos que no hubieran sido alcanzados por la paralización prevista por los arts. 20, inc. a, y 21, inc. a, de la Ley Modelo (cuestión a la que más adelante haremos referencia), y la disposición del art. 24 no puede ser entendida como derogatoria de los recaudos que la *lex fori* pudiera exigir para hacer procesalmente viable la intervención del “representante extranjero”.

§ 8. Reconocimiento.- Señala el profesor Jay Westbrook que siguiendo una moda angloamericana típica, los tribunales de los Estados Unidos de Norteamérica no se han valido mucho del concepto de “reconocimiento” a los fines del tratamiento de demandas específicas planteadas por los “representantes extranjeros” a los que alude la Ley Modelo. Destaca, sin embargo, que en la mayoría de los países el “reconocimiento” es un acto fundamental para cualquier clase de cooperación, incluso la solicitada por un “representante extranjero”, o sea, por un síndico, curador o administrador judicial de un procedimiento de insolvencia. En la Ley Modelo, el “reconocimiento” es una llave o paso procesal ineludible que, cumplido, da lugar a varios efectos y consecuencias ⁹.

Los arts. 15 a 17 de la Ley Modelo establecen un procedimiento sencillo, económico y rápido para obtener el “reconocimiento” de un proceso de insolvencia extranjero que, ciertamente, contrasta con el existente en las legislaciones internas de muchos países.

El art. 15 proporciona el elenco de recaudos que deben acompañar a la solicitud que haga un “representante extranjero” del reconocimiento del procedimiento extranjero en el cual ha sido nombrado. En tal sentido, prescribe que la petición debe ir acompañada de: a) una copia certificada conforme de la resolución por la que se declare abierto el procedimiento extranjero y se nombre al representante extranjero; o b) un certificado expedido por el tribunal extranjero en el que se acredite la existencia del procedimiento extranjero y el nombramiento del representante extranjero; o c) en ausencia de una prueba conforme a los supuestos anteriores, cualquiera otra que resulte admisible por el tribunal de la existencia del procedimiento extranjero y del nombramiento del representante extranjero. Asimismo, el precepto indica que la solicitud de reconocimiento deberá presentarse acompañada de una declaración en la que se indiquen debidamente los datos de todos los procedimientos extranjeros abiertos respecto del deudor de los que tenga conocimiento el representante extranjero, lo cual constituye dato de utilidad para la autoridad requerida a los fines del eventual dictado de medidas cautelares tanto en lo que hace a la verificación de sus presupuestos, como en su compatibilización con todo otro procedimiento de insolvencia relativo al deudor.

Por el art. 16 se establece la improcedencia de exigir legalización alguna de los documentos que se acompañen con la solicitud de reconocimiento de

⁹ Westbrook, Jay “Report on Uncitral Model law on Cross-Border Insolvency”, presentado el 29 de julio de 1997, ante la National Bankruptcy Review Commission. El autor fue miembro de la delegación de los EE.UU. a UNCITRAL, junto con John Barrett, Burton R. Lifland, Don Bernstein y Carl Felsenfeld.

procedimiento extranjero, señalando la Ley Modelo que el tribunal requerido está facultado para presumir que aquellos son auténticos, estén o no legalizados. La presunción indicada constituye un recurso al cual el tribunal requerido puede acudir de modo discrecional, y está enderezada a facilitar el reconocimiento del procedimiento de insolvencia en los casos en que se dispongan de medios alternativos para constatar que un determinado documento es auténtico sin necesidad su legalización, como asimismo para no impedir el reconocimiento por la inobservancia de alguna mera formalidad. Ello no es contrario a la "Convención suprimiendo la exigencia de legalización de documentos públicos extranjeros", adoptada en la Haya el 5.10.61 y aprobada por nuestro país mediante la ley 23.458, según el cual se requiere la presencia de la "apostille" referida por su art. 4° para que el instrumento posea eficacia internacional, ya que el art. 3°, ap. 2), de ese tratado internacional señala que no podrá requerirse la legalización mencionada cuando un acuerdo entre dos o más Estados hubiera suprimido o simplificado ese trámite, o relevado de él a documento determinado.

Dejando atrás lo estrictamente formal, de la Ley Modelo se desprende que sólo la afectación del orden público del Estado requerido puede constituir fundamento para denegar el reconocimiento de un proceso de insolvencia extranjero. En este orden de ideas, el art. 6 del citado instrumento dispone que "...Nada de lo dispuesto en la presente ley impedirá que el tribunal se niegue a adoptar una medida en ella regulada, de ser esa medida manifiestamente contraria al orden público de este Estado...". No está claro, sin embargo, si el precepto se refiere al orden público interno de cada Estado, o sea, a su derecho imperativo, o bien al orden público internacional entendido este último como un "standard" jurídico ponderable por el juez que le permite negar la aplicación del derecho extranjero cuando resulta incompatible con principios fundamentales determinados de su derecho interno¹⁰. La elección de una u otra variante es fundamental, pues como se señala en la Guía para la Incorporación al Derecho Interno de la Ley Modelo, el orden público internacional aplicable a las cuestiones sobre reconocimiento de los efectos de las normas extranjeras, suele ser de interpretación más restrictiva que el orden público interno de cada país, lo que se basa en el deseo de no obstaculizar indebidamente la cooperación internacional entre naciones con una interpretación amplia del orden público (punto n° 88). Con todo, cabe observar que el art. 6° de la Ley Modelo, concuerda con lo dispuesto en la CIDIP-II, Montevideo, 1979, sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, aprobada por nuestro país mediante la ley 22.921, art. 5°, establece que "...La ley declarada aplicable por una convención de Derecho Internacional Privado, podrá no ser aplicable en el territorio del Estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público...".

Si el orden público no estuviera afectado de ningún modo, el tribunal requerido debe examinar si la solicitud de reconocimiento de procedimiento extranjero cumple las siguientes recaudas: A) que se refiera a alguno de los supuestos aludidos por el art. 2, inc. a), o sea, a un procedimiento judicial o

¹⁰ Sobre las nociones de orden público interno e internacional, véase: Dromi, R., Ekmekdjian, M. y Rivera, J.C., "Derecho Comunitario", Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, ps. 61/62.

administrativo de tipo liquidativo o reorganizativo, definitivo o provisional, relativo a la insolvencia, que coloque los bienes y negocios del deudor bajo control o supervisión del tribunal respectivo; B) que el representante extranjero solicitante sea una persona u órgano en el sentido del art. 2, inc. b), es decir, síndico, administrador judicial, etc., con facultades para administrar la reorganización o liquidación de los bienes o negocios del deudor; C) que la solicitud cumpla los requisitos del art. 15; y D) que haya sido presentada ante el tribunal u órgano público competente que, según el art. 4 de la propia Ley Modelo, lo es aquél que en cada país lo sea para administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la lex fori (art. 17, inc. 1).

Superado el examen precedentemente reseñado, el tribunal requerido está obligado a conceder sin más el reconocimiento petitionado, a la mayor brevedad posible (art. 17, inc. 3), para evitar la dispersión u ocultación de bienes. Conforme lo destaca la Guía para la Incorporación al Derecho Interno de la Ley Modelo, no corresponde que el tribunal que examine la solicitud considere los méritos de la resolución por la cual el juez extranjero abrió el procedimiento de insolvencia o nombró el representante extranjero que efectúa la petición.

En la resolución respectiva el tribunal requerido debe definir si el procedimiento extranjero se reconoce como “principal” o “no principal”, dependiendo una u otra cosa del lugar en donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses o un establecimiento, respectivamente, conforme pautas ya mencionadas (art. 17, inc. 2). Este aspecto de la decisión es fundamental, porque los efectos que dimanan de un procedimiento extranjero de insolvencia “principal” son muy distintos de los que derivan de uno “no principal”, lo que se aprecia especialmente en el art. 20 de la Ley Modelo, que examinaremos más adelante.

El párrafo final del art. 17 de la Ley Modelo señala que el reconocimiento puede ser modificado o revocado en caso de demostrarse la ausencia parcial o total de los motivos por los que se otorgó, o cuando esos motivos han dejado de existir. Las modalidades en que la revisión puede ser intentada no son determinadas por el instrumento analizado, por lo que lo atinente a cuáles son los recursos admisibles, su plazo de interposición, su marco cognocitivo, etc. son todas cuestiones reservadas a las leyes procesales locales.

§ 9. Información subsiguiente y medidas cautelares o de aseguramiento de prueba.- A partir de la presentación del pedido de reconocimiento, el “representante extranjero” asume el deber de informar al tribunal requerido acerca de cualquier modificación que pudiera sufrir el procedimiento extranjero de su designación, vgr. conclusión; conversión (de proceso liquidativo a reorganizativo, y viceversa; de proceso liquidativo a conservatorio; etc.); revocación; desistimiento. Igualmente el “representante extranjero” debe informar acerca de la finalización o agotamiento de su designación, suspensión o reemplazo; de la apertura de cualquier otro procedimiento de insolvencia abierto respecto del deudor; etcétera (art. 17). Son todos datos con los cuales el tribunal requerido debe contar a los efectos tanto de decidir la procedencia del reconocimiento, como para definir la pertinencia y alcances de las medidas cautelares o de aseguramiento de prueba cuyo dictado se pudieran petitionar.

En relación a tales medidas cautelares o de aseguramiento de prueba, la Ley Modelo distingue: a) las que se pueden solicitar a partir de la presentación de la solicitud de reconocimiento de un proceso extranjero (art. 19); y b) las que pueden otorgarse después del reconocimiento de un procedimiento extranjero (art. 21).

En relación al primer grupo, se distinguen las siguientes medidas: 1) paralización de todo acto de ejecución contra los bienes del deudor; 2) autorización al “representante extranjero” o a otra persona designada al efecto para que administre o realice en todo o en parte los bienes sitos en el Estado asiento del tribunal requerido, para proteger y preservar su valor cuando, por su naturaleza u otras circunstancias, sean perecederos o susceptibles de menoscabo; 3) suspensión del ejercicio del derecho de disponer, transmitir o gravar los bienes; 4) examen de testigos, presentación de pruebas o suministro de información respecto de los bienes, negocios, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor; 5) cualquiera otra admitida por la *lex fori* que sea otorgable por el tribunal requerido, dentro de su competencia para entender en juicios colectivos de liquidación o reorganización. Tales medidas deben ser solicitadas por el “representante extranjero”, siempre que concurren los requisitos de necesidad y urgencia, y tengan como finalidad la protección de los bienes del deudor y los intereses de los acreedores. Son urgentes y provisionales. Este último carácter hace que queden sin efecto cuando se dicta la resolución sobre la solicitud de reconocimiento, sin perjuicio de que tal decisión pueda decidir su mantenimiento o prórroga (art. 21, inc. 1, ap. “f”). Un límite específico para su dictado estriba en la necesidad de que una medida otorgada en un procedimiento no principal afecte el desarrollo del proceso extranjero principal, en cuyo caso debe ser denegada (art. 20, inc. 4). En otras palabras, las medidas que se dicten deben ser compatibles con el procedimiento principal, y aun con los restantes procedimientos no principales que pudieran existir.

En cambio, en el segundo grupo (medidas susceptibles de otorgarse con posterioridad al reconocimiento) la Ley Modelo reconoce la posibilidad de dictar, entre otras, las siguientes: 1) interrupción de la iniciación o continuación de acciones o procedimientos individuales relativos a bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor; 2) paralización de toda medida de ejecución contra los bienes del deudor; 3) suspensión del ejercicio del derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como disponer de esos bienes de algún otro modo; 4) examen de testigos, presentación de pruebas o informes sobre los bienes, negocios, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor; 5) designación del “representante extranjero” o de alguna otra persona nombrada por el tribunal requerido para la administración o realización de todos o de parte de los bienes del deudor, que se encuentren en territorio del Estado donde está el asiento de dicho tribunal; 6) cualquiera otra admitida por el derecho interno para ser dictada por el tribunal requerido, conforme a su competencia para conocer respecto de juicios colectivos de liquidación o reorganización (art. 21, inc. 1). Como en el caso anterior, se trata de medidas discrecionales, que la Ley Modelo enumera con carácter no taxativo. En todo caso, cuando tales medidas tuvieran por objeto bienes del deudor, el límite de su admisibilidad resulta establecido por el art. 21, inc. 3, en cuanto señala que al otorgarlas “...al representante de un procedimiento extranjero

no principal, el tribunal deberá asegurarse de que las medidas atañen a bienes que, con arreglo al derecho de este Estado, hayan de ser administradas en el marco del procedimiento extranjero no principal o que atañen a información requerida en ese procedimiento extranjero no principal...”. Y es que, como se señala en la “Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo”, un factor importante para la adaptación de las medidas otorgadas es la índole principal o no principal del procedimiento extranjero, pues se ha de tener presente que los intereses y la autoridad del representante de un procedimiento extranjero no principal son típicamente menores que los del representante de un procedimiento extranjero principal que procurará normalmente obtener el control de todos los bienes del deudor insolvente; en este sentido, el art. 21, inc. 3, de la Ley Modelo recoge esa idea al disponer que las medidas otorgadas en un procedimiento extranjero no principal han de estar limitadas a bienes que deban administrarse en ese procedimiento extranjero no principal, y que de solicitarse información sobre los bienes o negocios del deudor, las medidas otorgadas han de concernir información requerida en ese procedimiento; la finalidad es la de prevenir al tribunal de que las medidas otorgadas a un procedimiento extranjero no principal no deben dar al representante extranjero facultades demasiado amplias, y que esas medidas no deben interferir con la administración de otros procedimientos de insolvencia, ni menos aún con la del procedimiento principal (punto n° 158).

En mira a equilibrar los distintos intereses en juego, el art. 22 de la Ley Modelo dispone: 1) que al conceder o denegar una medida con arreglo a los artículos 19 ó 21 o al modificar o dejar sin efecto esa medida, el tribunal deberá asegurarse de que quedan debidamente protegidos los intereses de los acreedores y de otras personas interesadas, incluido el deudor; 2) que el tribunal podrá supeditar toda medida otorgada con arreglo a los artículos 19 o 21 a las condiciones que juzgue convenientes; 3) que a instancia del “representante extranjero” o de toda persona afectada por alguna medida otorgada con arreglo a los artículos 19 o 21, o de oficio, el tribunal podrá modificar o dejar sin efecto la medida impugnada.

§ 10. Efectos del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal.-

El art. 20 de la Ley Modelo dispone diversos efectos que operan ipso iure a partir del dictado de la resolución que reconoce un procedimiento de insolvencia extranjero principal, y que se aplican únicamente al procedimiento principal. Se entiende que tales efectos automáticos son necesarios para organizar un procedimiento de insolvencia transfronteriza de una manera equitativa y ordenada. En este orden de ideas, destaca la “Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo” que ello justifica que el Estado promulgante (es decir, el Estado en el que la presencia comercial del deudor sea limitada) imponga al deudor insolvente los efectos del artículo 20, aun cuando el Estado en donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses imponga otras condiciones (tal vez menos severas) para el comienzo de un procedimiento de insolvencia o aun cuando los efectos del procedimiento de insolvencia sean distintos de los efectos del art. 20 en el Estado promulgante. Dicho enfoque, refleja un principio inspirador básico de la Ley Modelo según el cual el reconocimiento de un procedimiento extranjero por un tribunal que respete su régimen tiene efectos que se consideran necesarios para una

dirección equitativa y ordenada del procedimiento de insolvencia transfronterizo. El reconocimiento tiene, por ello, sus propios efectos que no consisten en incorporar los efectos de la ley del foro extranjero al régimen interno de la insolvencia del Estado promulgante (punto n° 143).

Los efectos enumerados por la Ley Modelo son los siguientes:

a) Paralización de la iniciación o continuación de todas las acciones o procedimientos, de carácter individual ¹¹, que tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor (art. 20, inc. 1, apartado “a”). Este primer efecto concierne por igual a procedimientos y acciones como también, en principio, a cualquier tipo de ejecución, sea judicial o extrajudicial. Asimismo, involucra a las acciones entabladas ante un tribunal arbitral, estableciendo la Ley Modelo un límite imperativo a la cláusula compromisoria, lo que no es contrario al “Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales de Nueva York, 1958” (punto n° 145 de “Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo”) ¹². Cabe observar, de cualquier modo, que el instrumento no consagra una regla absoluta en este aspecto, pues la iniciación de acciones o procedimiento individuales es aceptada como medida de urgencia a los fines de preservar el crédito contra el deudor (art. 20, inc. 3), por lo que la Ley Modelo no se opone en este punto, por ejemplo, a las demandas interruptivas de la prescripción o impeditivas de la caducidad, sin perjuicio de que logrado el efecto pertinente, la paralización general que ordena cobre entera vigencia.

b) Paralización de toda medida de ejecución contra los bienes del deudor (art. 20, inc. 1, apartado “b”). Sin embargo, este efecto es relativizado por la propia la Ley Modelo en cuanto permite a los países adherentes disponer excepciones fundadas en su derecho interno (art. 20, inc. 2), como por ejemplo, referentes a la ejecución de créditos con determinadas garantías, v.gr. de naturaleza real.

c) Suspensión de todo derecho para transmitir, gravar o disponer los bienes del deudor, cualquiera fuera su modo.

§ 11. Tratamiento de acreedores extranjeros.- Bajo la Ley Modelo los acreedores extranjeros gozan de los mismos derechos que los acreedores nacionales respecto de la apertura de un procedimiento y de la participación en él (art. 13, inc. 1). En otras palabras, el instrumento analizado da “tratamiento nacional” a los acreedores extranjeros, en el sentido de que ellos serán tratados sin discriminación y de la misma manera ¹³. Tal equiparación se refiere, fundamentalmente, al derecho de

¹¹ Quedan excluidas las acciones y procedimientos de tipo colectivo, respecto de los cuales la suspensión automática no es aplicable. Los arts. 11, 12 y 13 de la Ley Modelo regulan, precisamente, las alternativas propias del derecho de solicitar un procedimiento local de insolvencia y de participar en él, esto es, a insinuar créditos en el pasivo (conf. art. 20, inc. 4).

¹² En general, sobre la citada convención véase: Grigera Naón, H.A., “Ratificación por la Argentina de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros”, LL 1989-C, p. 881/894.

¹³ Westbrook, Jay, ob. cit.

solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia, o de presentar sus créditos en un procedimiento ya abierto en el Estado requerido (promulgante).

Deja a salvo la Ley Modelo las discriminaciones que pudieran resultar del régimen de prelación de los créditos con arreglo a las normas de la *lex fori* relativas al procedimiento de insolvencia, salvo que se trate de discriminaciones que conduzcan a otorgar a los créditos de acreedores extranjeros una condición más baja que la de los créditos ordinarios no preferentes según la misma *lex fori* (art. 13, inc. 2). El sistema, pues, deja indemne el orden de los privilegios concursales que pudiera resultar del derecho interno de un país, inclusive si ese orden afectara la prelación de los créditos de los acreedores extranjeros, como ocurre en algunas legislaciones. Sin embargo, esta última afectación –presente, insistimos, en algunas legislaciones, no en todas- no puede ir al extremo de colocar el crédito de un acreedor extranjero con una posición pero que la que corresponde a los acreedores quirografarios locales.

Por el art. 14, y como corolario del principio de igualdad de trato del precepto anterior, la Ley Modelo asegura a los acreedores conocidos, que no tengan dirección local ¹⁴, el cumplimiento de una notificación en la cual se les indica: a) la apertura del procedimiento de que se trate; b) un plazo razonable para la presentación de los créditos, con indicación del lugar en el que se haya de efectuar la presentación; c) la necesidad o no de los acreedores con créditos garantizados de realizar o no la presentación de sus créditos; y d) cualquier otra información exigida por la *lex fori* o las resoluciones del tribunal.

§ 12. Actos perjudiciales para los acreedores.- La práctica constante y universal – escribe Brunetti- demuestra que cuando el deudor se encuentra ante dificultades tales que son pródromo de su quiebra, nada la impide realizar actos de disposición gravemente perjudiciales a la regla de paridad, que todos los acreedores tienen derecho que se cumpla, especialmente en estos momentos ¹⁵. Es por ello que la exigencia del reestablecimiento de la garantía patrimonial del deudor, perjudicada por actos que él haya cumplido, constituye ciertamente el problema central de la quiebra, como lo destaca Satta ¹⁶. Problema central que, desde la perspectiva que aquí interesa, se agudiza notablemente pues las operaciones fraudulentas de deudores insolventes, enderezadas a ocultar bienes o dispersarlos en distintas jurisdicciones extranjeras, constituyen un problema cada vez más grave y frecuente en un mundo caracterizado por la apertura y el intercambio económico transfronterizo.

La Ley Modelo no ignora el papel fundamental que en los procedimientos de insolvencia tiene el régimen de la inoponibilidad concursal como solución referente a los actos del deudor perjudiciales para los acreedores en el sentido de lo

¹⁴ Este aspecto está inspirado en el art. 40, 1), del Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia de la Unión Europea.

¹⁵ Brunetti, A., “Tratado de quiebras”, Porrúa Hnos. y Cía., México, 1945, p. 71, n° 39.

¹⁶ Satta, S., “Diritto Fallimentare”, Cedam, Padova, 1996, p. 204, n° 64

expresado. Es por ello que dispone que a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero queda legitimado para entablar las acciones que la lex fori conceda para dejar sin efecto (se entiende que frente a la masa de acreedores) los actos perjudiciales realizados por el deudor, imponiendo la regla –tal vez innecesariamente, por ser obvia- de que cuando el procedimiento extranjero sea un procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá asegurarse de que la acción afecta a bienes que, con arreglo al derecho interno de este Estado, deban ser administrados en el marco del procedimiento extranjero no principal (art. 23).

Las notas salientes del precepto son las que siguen:

a) Se otorga legitimación al “representante extranjero” (síndico, curador, administrador judicial, etc.) para promover en el Estado del tribunal requerido la denominada acción de revocatoria concursal y también, ya que no hay exclusión al respecto, la acción de revocatoria ordinaria reguladas por la lex fori.

b) El efecto de la disposición es no impedir la promoción de tales acciones a un “representante extranjero” por el hecho de que no sea el administrador (síndico, curador, etc.) del procedimiento de insolvencia local. Es decir, la Ley Modelo garantiza que el derecho del “representante extranjero” no se frustre su derecho por ese solo motivo. Pero no se excluye que el ejercicio del derecho se vea impedido por otras razones, tales como podría ser, a nuestro juicio, la falta de previa autorización de los acreedores para la promoción de la acción respectiva. Así pues, el instrumento examinado no se opone en este punto a normas tales como nuestro art. 119, último párrafo, de la ley 24.522.

c) No se equipara al “representante extranjero” con los acreedores individuales que pueden gozar de derechos similares en diferentes condiciones. Las acciones individuales que en esta materia pudieran tener los acreedores individuales caen fuera del alcance del art. 23.

d) La disposición no crea ningún derecho sustantivo respecto de estas acciones ni proporciona solución alguna de conflicto de leyes.

§ 13. Cooperación.- El capítulo IV (arts. 25 a 27), titulado “Cooperación con tribunales y representantes extranjeros”, es un elemento clave de la Ley Modelo, según expresamente se indica en la Guía para su incorporación al derecho interno, siendo su objetivo permitir que los tribunales y administradores de insolvencia de dos o más países sean eficaces y mejoren sus resultados, pues la cooperación entre unos y otros suele ser la única vía realista para impedir, por ejemplo, la dispersión de los bienes, para optimizar el valor de los bienes, o para encontrar la mejor solución para reorganizar la empresa (punto n° 173).

El art. 25 establece la regla principal al señalar que todo tribunal deberá cooperar en la medida de lo posible con los tribunales extranjeros o los representantes extranjeros, ya sea directamente o por conducto de el administrador (síndico, curador, etc.) de una liquidación o reorganización según la ley del foro. Asimismo, el tribunal está facultado para ponerse en comunicación directa con los tribunales y representantes extranjeros o para recabar información o asistencia directa de los mismos.

Por su parte, el art. 26 inviste de análogo deber de cooperación e igual facultad para establecer comunicaciones al administrador (síndico, curador, etc.) que se hubiera designado en el juicio local de liquidación o reorganización, bajo la supervisión del tribunal actuante ¹⁷

Como se aprecia, la Ley Modelo establece un verdadero “deber” de cooperación y no solamente una facultad. Se otorga así un poder de cooperación que, como lo señala Westbrook, es indisponible en muchos países ¹⁸. Además, los tribunales son autorizados para comunicarse directamente, lo que intenta evitar el uso de formas más dificultosas, costosas y, a veces lentas, que pueden provenir de las normas formales de la *lex fori* (exhortos, cartas rogatorias, etc.), con tal que se respete el derecho de defensa en sus aspectos sustantivo y procesal. En el Coloquio CNUDMI-INSOL, celebrado en Nueva Orleans, los días 23 a 26 de marzo de 1997, se mencionaron como medios de comunicación utilizables el teléfono, el fax, el correo electrónico y el video.

En este punto, la Ley Modelo intenta con los arts. 25 y 26 remediar la carencia de generalizada en el derecho interno de distintas naciones de una normativa que sirva de base jurídica para la cooperación entre los tribunales locales y los tribunales extranjeros en asuntos de insolvencia transfronteriza (conf. “Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo”, punto n° 174).

Es de destacar, por otra parte, que no se supedita la cooperación de un tribunal local (o de la persona o del órgano mencionados en los arts. 25 y 26) con un tribunal o representante extranjero a una resolución formal de reconocimiento del procedimiento extranjero (conf. “Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo”, punto n° 177).

Concluyendo el capítulo, el art. 27 alude a distintas formas de cooperación que son posibles de poner en práctica: a) el nombramiento de una persona o de un órgano para que actúe bajo la dirección del tribunal; b) la comunicación de información por cualquier medio que el tribunal considere oportuno; c) la coordinación de la administración y la supervisión de bienes y negocios del deudor; d) la aprobación o la aplicación por los tribunales de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos; e) la coordinación de los procedimientos que se estén siguiendo simultáneamente respecto de un mismo deudor; etcétera.

§ 14. Procedimientos paralelos.- De los arts. 28 y 29 de la Ley Modelo se desprende que el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal no es impeditivo para la apertura de un procedimiento de insolvencia local relativo a un mismo deudor, siempre que tenga bienes en el Estado del foro, limitándose solamente a estos últimos los efectos de tal procedimiento local, salvo que en la medida requerida para la puesta en práctica de la cooperación y coordinación

¹⁷ La mención de la supervisión del tribunal actuante, evidencia que la Ley Modelo no modifica la *lex fori* en cuanto generalmente ella establece como consecuencia que las actividades de la administración de la insolvencia del deudor pasa a un tercero (síndico, curador, comisario, etc.). En su caso, dicha supervisión no lleva a considerar que el administrador de la insolvencia deba requerir una autorización explícita para cada comunicación con un órgano extranjero.

¹⁸ Westbrook, Jay, ob. cit.

prevista por los arts. 25, 26 y 27, sea dado que alcance a otros bienes del deudor sitos en el extranjero pero que, con arreglo al derecho interno de dicho Estado, deban igualmente ser administrados en ese procedimiento local.

De tal suerte, la regla principal del instrumento aquí examinado resulta ser la misma que se sigue en diversos Estados, o sea, que basta la existencia de bienes en el Estado para que sea posible habilitar un procedimiento de insolvencia local.

Así, la Ley Modelo concuerda, por ejemplo, con la solución establecida por el art. 2, inc. 2, de nuestra ley 24.522, que señala que pueden ser sujetos de concurso ante los jueces argentinos los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país, lo cual implica que la ley nacional sustenta un "foro de patrimonio", por el cual no interesa que el deudor domiciliado en el extranjero tenga agencia, representación o sucursal argentina, sino que es suficiente que tenga "bienes existentes en el país"¹⁹, siendo, por lo mismo, innecesario acreditar que los bienes constituyen un establecimiento, independiente o no, ni la importancia relativa que tengan con relación al patrimonio general²⁰.

En cambio, la Ley Modelo no concordaría con otras legislaciones que, por el contrario, exigen para la apertura de un proceso de insolvencia local que el deudor desarrolle alguna actividad económica en el Estado de que se trate, o sea, exigen un establecimiento. Puede verse, pues, que la Ley Modelo optó por una solución menos restrictiva en un contexto en el que el deudor es ya objeto de un procedimiento extranjero principal.

Por otra parte, respeta el instrumento examinado la regla de que el procedimiento de insolvencia local solamente afecta a los bienes sitos en el Estado de su declaración o apertura. Es decir, el procedimiento se limita, de ordinario, a los bienes del deudor que se encuentren en este Estado. Muestra la Ley Modelo en este aspecto el respeto por las distintas legislaciones que, como la nuestra, adoptan para su derecho interno el sistema de la unidad de la quiebra o de la universalidad, es decir, que en el territorio nacional sólo se concibe un único proceso concursal para la misma persona, que abarca a todos sus bienes existentes en el país –salvo exclusiones específicas– así como a todos sus acreedores.

A salvo deja, sin embargo, la posibilidad de que un procedimiento de insolvencia local abarque ciertos bienes sitos en el extranjero, especialmente en los casos en que no sea necesario un procedimiento de insolvencia en el Estado en que tales bienes se encuentran (vgr. cuando se hayan transferido bienes fraudulentamente al extranjero a partir del propio territorio). En ese orden de ideas, el art. 28 in fine de la Ley Modelo da margen para operar esa extensión limitada del alcance transfronterizo del procedimiento local, bien que con dos restricciones: a) siempre en la medida requerida para la puesta en práctica de la cooperación y

¹⁹ Boggiano, A. "Derecho Internacional Privado", t. II, págs. 907/908, 3a. ed.; Corte Suprema, in re "Pacesetter Systems Inc. S.A. s/ pedido de quiebra por Pacesetter S.A." del 9.6.94, reg. en Fallos 317:625, disidencia del Dr. Antonio Boggiano

²⁰ Alegría, H. "Extraterritorialidad de los concursos", rev. Lecciones y Ensayos, n° 47, año 1987, pág. 34.

coordinación previstas por los arts. 25, 26 y 27; y b) en cuanto lo permita el derecho interno del Estado.

Cabe observar que nuestro derecho también admite una situación similar de aceptación del alcance transfronterizo de un procedimiento de insolvencia local. Ella se da, en efecto, a tenor de lo previsto por el art. 2, inc. 2, de la ley 24.522 que sólo alude a la existencia de "bienes" en el país, por lo que –como señala Rouillón– resulta cierto que si únicamente se configura ese supuesto pero no hay acreedores locales, desaparecería todo interés tutelable por la ley argentina para abrir el concurso en el país; es decir, si una persona se domicilia en el extranjero y carece de créditos exigibles en la Argentina, la sola existencia de bienes en el país resulta insuficiente para sostener la competencia del juez argentino, y ellos deberían ser entregados al concurso extranjero, íntegramente, cuando así se lo solicitare ²¹.

§ 15. Coordinación.- En materia de coordinación la Ley Modelo distingue según se refiera a la de un procedimiento de insolvencia local con otro extranjero (art. 29), o bien a la coordinación entre varios procedimientos extranjeros (art. 30).

Para el primer caso, se establecen reglas precisas: A) toda medida que se conceda al procedimiento extranjero deberá ser compatible con el procedimiento local; B) toda medida ya adoptada en el procedimiento extranjero deberá ser reexaminada y modificada o revocada en caso de ser incompatible con el procedimiento local; C) de ser el procedimiento extranjero un procedimiento principal, los efectos automáticos dimanantes del artículo 20 deberán ser modificados o revocados en caso de ser incompatibles con el procedimiento local; D) cuando esté en curso un procedimiento local en el momento de reconocerse un procedimiento extranjero como procedimiento principal, el procedimiento extranjero no gozará de los efectos automáticos del art. 20 (conf. “Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo”, punto n° 190).

A su turno, para el segundo caso se establece lo siguiente: A) toda medida otorgada con arreglo a los artículos 19 ó 21 a un representante de un procedimiento extranjero no principal, una vez reconocido un procedimiento extranjero principal, deberá ser compatible con este último; B) cuando un procedimiento extranjero principal sea reconocido tras el reconocimiento o una vez presentada la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero no principal, toda medida que estuviera en vigor con arreglo a los artículos 19 ó 21 deberá ser reexaminada por el tribunal y modificada o dejada sin efecto, en caso de ser incompatible con el procedimiento extranjero principal; C) cuando, una vez reconocido un procedimiento extranjero no principal, se otorgue reconocimiento a otro procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá conceder, modificar o dejar sin efecto toda medida que proceda para facilitar la coordinación de los procedimientos.

²¹ Rouillón, A.N. "Cuestiones de derecho internacional privado en la ley concursal argentina", reg. en RDCO n° 102, pág. 788, diciembre de 1984. En igual sentido: Uzal, M. "El art. 4 de la ley 19.551 –reformado por la ley 22.917–, RDCO, t. 1985, ps. 539/540; Weinberg de Roca, I., "Concursos internacionales en la ley 24.522", ED t. 170, p. 978.

Puede verse, pues, que tanto en el caso del art. 29 como en el del art. 30, la coordinación o compatibilidad de los procedimientos se consigue otorgando en cada procedimiento las medidas que mejor correspondan, o bien modificando y revocando las ya otorgadas. En su caso, a diferencia del art. 29, que da primacía al procedimiento local, el art. 30 da primacía al procedimiento extranjero principal en caso de haber uno. Y si se está siguiendo más de un procedimiento extranjero no principal, el art. 30 no da preferencia en principio a ningún procedimiento extranjero (conf. “Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo”, punto n° 193).

§ 16. Regla de pagos para procedimientos paralelos.- Establece el art. 32 de la Ley Modelo que sin perjuicio de los titulares de créditos garantizados o derechos reales²², un acreedor que haya percibido un cobro parcial respecto de su crédito en un procedimiento seguido en un Estado extranjero con arreglo a una norma relativa a la insolvencia, no podrá percibir un nuevo dividendo por ese mismo crédito en un procedimiento de insolvencia local respecto de es mismo deudor, en tanto que el dividendo percibido por los demás acreedores de la misma categoría sea proporcionalmente inferior al cobro ya percibido por el acreedor.

Se señala en la “Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo”, que la regla enunciada en el art. 32 (denominada, a veces, regla “hotchpot”) es una salvaguardia útil en un régimen basado en la coordinación y cooperación de la administración en los procedimientos de insolvencia transfronteriza. Se trata de evitar situaciones en las que un acreedor pueda obtener un trato más favorable que otro acreedor de igual rango al obtener pagos por un mismo crédito en procedimientos de insolvencia seguidos en distintas jurisdicciones. La propia Guía trae un ejemplo de aplicación: si un acreedor no garantizado cobra en un procedimiento de insolvencia extranjero una suma equivalente al 5% de su crédito y si ese acreedor participa también en otro procedimiento de insolvencia en el que la tasa de distribución es del 15%, ese acreedor cobraría una suma equivalente al 10% de su crédito en el último procedimiento indicado para que su posición fuera igual a la de los demás acreedores allí concurrentes (punto n° 198).

Bien se advierte, que la solución que brinda el art. 32 de la Ley Modelo es sustancialmente análoga a la que ofrece la parte final del art. 4 de nuestra ley 24.522. Este último precepto, en efecto, resuelve la situación del acreedor que, después de abierto el concurso argentino, logró cobrar una porción de su crédito en el extranjero del mismo deudor. Como tal acreedor que percibió en el extranjero habría obtenido frente al resto de los acreedores verificados en el concurso local una clara ventaja, la ley estipula, a fin de hacer respetar la par condicio creditorum, que su participación en el dividendo concursal argentino se disminuya en la proporción del beneficio recibido en el exterior.

Similarmente a lo que curre con la ley argentina, la paridad de dividendos prevista por el art. 32 de la Ley Modelo es aplicable únicamente respecto de los

²² En la Ley Modelo el término “créditos garantizados” se refiere en general a los créditos garantizados por determinados bienes, mientras que el término “derechos reales” se refiere a derechos que recaen sobre un determinado bien y que son oponibles a terceros.

acreedores quirografarios y no alcanza a los acreedores privilegiados, distinción que aparece como injusta porque no hay razón para no computar el pago hecho en el extranjero a tales acreedores a fin de evitar desigualdades con los privilegiados locales. Mas la solución de la Ley Modelo es claramente la indicada, de modo que en la medida en que se satisfagan por completo los créditos de los acreedores respaldados por una garantía o por un derecho real (punto que depende de la ley del foro), esos créditos no se verán afectados por la regla de paridad ordenada por el citado art. 32.

Curriculum vitae

PABLO DAMIÁN HEREDIA

Abogado y Procurador (Universidad Nacional de Buenos Aires)

Egresado de la carrera de posgrado en Derecho Empresarial de la Universidad de Palermo.

Actual Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y ex Presidente del mismo tribunal.

Ex Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Ex secretario de primera y segunda instancia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.

Premio "Accesit" (año 2000/2001) de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Miembro del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Expositor ante la Comisión de Legislación General de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación para la sanción de las leyes 25.589, 26.086 y 26.684 sobre reformas a la ley de concursos y quiebras n° 24.522.

Responsable de redacción de la sección "Internacional" de la revista "Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali" (publicación bimestral de la editorial CEDAM, Padova, Italia).

Autor de la obra "Tratado Exegético de Derecho Concursal", editorial Ábaco (5 tomos publicados)

Coautor de la obra "Código Civil y leyes complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencial", dirigido por Alberto J. Bueres y Elena Highton, editorial Hammurabi (t. 5-A, B y C).

Coautor de la obra "Código Civil y Comercial de la Nación", dirigida por Ricardo Lorenzetti, editorial Rubinzal-Culzoni.

Coautor en la obra "Abuso en los Contratos", editorial Ábaco, Buenos Aires, 2002.

Autor de diversos artículos de derecho civil y comercial en publicaciones especializadas.

Profesor Titular a cargo de cátedra de Derecho Comercial III, en la Universidad del Museo Social Argentino.

Profesor de Derecho Concursal en la Maestría de Derecho Empresario de la Universidad Austral, Buenos Aires.

Profesor de Derecho Concursal de la Maestría en Derecho Empresario Económico de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires.

Profesor de Posgrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

Profesor del Doctorado en Derecho Mercantil y Tributario de la Universidad San Carlos, República de Guatemala.