

# INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA EN LATINOAMERICA: Algunos casos paradigmáticos

Por Sergio Gabriel Ruiz<sup>1</sup>

## I. Introito

El crecimiento vertiginoso de la economía mundial y la apertura de nuevos mercados producidos sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX, incentivados por el fenómeno de la globalización, han intensificado las relaciones comerciales transnacionales provocando la difuminación de los límites territoriales, especialmente, en lo que al crédito se refiere. Puede decirse que la internacionalización de la economía se ha asentado principalmente en las inversiones internacionales, la deslocalización de la producción y el desarrollo de las sociedades transnacionales. Como afirma FERNANDEZ ROZAS, *“el proceso de aceleración de la revolución industrial y la influencia decisiva de la internacionalización de los mecanismos de financiación han producido como efecto inevitable la apertura de las diferentes economías nacionales. Como consecuencia, la política económica de los Estados, incluso de los más poderosos, no puede ser valorada, en cuanto a sus fines y objetivos, ni definida, mediante sus medios, sin tener en cuenta la dimensión internacional”*<sup>2</sup>.

En este marco y como consecuencia inevitable, las corporaciones o sociedades transnacionales contemporáneas han incrementado su esfera de influencia en todo el orbe, de manera que sus activos, al igual que sus pasivos, se sitúan en un número cada vez mayor de países, aumentando la interconexión de los mercados de bienes y de capitales. En cuanto al riesgo de insolvencia transfronteriza, puede señalarse un incremento significativo frente a la permeabilidad del crédito, a la existencia de bienes ubicados en distintos Estados (patrimonio internacionalmente disperso) y de un pasivo multinacional cada vez más comprometido<sup>3</sup>.

La continua aparición de casos de “quiebras extranacionales” ha alentado también la necesidad de una reglamentación adecuada de los procedimientos concursales con elementos extranjeros, teniendo en cuenta que las soluciones brindadas en el pasado no se han mostrado eficaces para responder a la complejidad de la

---

<sup>1</sup> Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. Profesor de Derecho Concursal y Cambiario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Prosecretario Letrado del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Cosquín, Provincia de Córdoba, Argentina.

<sup>2</sup> Cfr. FERNANDEZ ROSAS, Juan Carlos (Editor), Derecho del comercio internacional, Eurolex, Madrid, 1996, pág.54).

<sup>3</sup> Como enseñaba la internacionalista argentina Kaller Orchansky, “la radicación de esos bienes, créditos y deudas en distintas jurisdicciones otorga al patrimonio del cual son parte integrante, carácter internacional” (cfr. *Régimen de la quiebra extranacional*, La Ley 129-1179).

insolvencia internacional de nuestros días; realidad en la que ningún país se mantiene ajeno.

Latinoamérica no es la excepción.

Sin embargo, el régimen de la mayoría de los Estados regionales para insolvencias extranacionales está signado aún por la insuficiencia y la falta de actualización de sus reglas, tanto de fuente interna como las de fuente internacional, que se fundan – con excepción de México- sobre la base de sistemas normativos originados a finales del siglo decimonónico o en el mejor de los casos, a principios del siglo pasado, los que, según se verá, resultan incompatibles con la política jurídica y económica del escenario internacional actual.

Nótese a ese respecto que las *“las técnicas del Derecho Internacional Privado basadas en la norma de conflicto se muestran inadecuadas para regular las complejas cuestiones suscitadas en el ámbito del comercio internacional”*<sup>4</sup>.

La complejidad de estos fenómenos se advierte en la heterogeneidad de la economía mundial, especialmente derivada de la desigualdad de niveles de desarrollo de los distintos Estados y de su variedad de sistemas económicos y políticos, así como de estructuras sociales, y en la particularidad de las relaciones económicas internacionales, las cuales no se desarrollan exclusivamente entre Estados, sino entre grupos.

Ello requiere una necesaria cooperación internacional a la hora de establecer mecanismos de regulación y equilibrio de las situaciones de insolvencia, es decir, dar el paso a partir de la visión de un tradicional Derecho internacional de la coexistencia hacia un moderno Derecho internacional de la cooperación.

## 2. La dicotomía territorialismo-extraterritorialismo

Tradicionalmente, cualquier aproximación al estudio de situaciones concursales con elementos de extranjería ha llevado implícita una directa referencia a los principios de unidad y universalidad y de pluralidad y territorialidad de la quiebra, como criterios radicalmente opuestos. Como señala Esplugues Mota, se ha presentado la discusión teórica en forma dicotómica, por una parte, se ha defendido la existencia de un procedimiento concursal único que abarque la totalidad del patrimonio del quebrado, con independencia del lugar en que se

---

<sup>4</sup> Cfr. FERNANDEZ ROSAS, Juan Carlos (Editor), Derecho del comercio internacional, Eurolex, Madrid, 1996, pág.48).

encuentre, y que surta efectos en todos los estados en que éstos estuvieren situados<sup>5</sup>.

Se argumenta que el juicio concursal es de carácter universal, porque la quiebra liquida un patrimonio que se presenta como una unidad en función del sujeto, así como también lo es porque el deudor tiene una personalidad única e indivisible<sup>6</sup> (Bélgica, Luxemburgo). En este sentido, podría decirse que quien es fallido en un territorio nacional, debe serlo en los demás, y todos los bienes del deudor – maguer donde se hallen localizados- constituyen garantía de sus acreedores.

Por otra parte, se ha opuesto a esta tesis aquélla que sostiene la existencia de un conjunto de quiebras de naturaleza territorial y efectos limitados a parte de los bienes del deudor, aún cuando éste no tuviera su domicilio en el estado en donde se abriera el procedimiento. Como afirma Heredia, “*cuando se trata de supuestos de insolvencia transfronteriza, la mayoría de las naciones siguen, por el contrario, el sistema de la pluralidad de quiebras, aceptando la apertura de procedimientos concursales múltiples con incidencia limitada exclusivamente a los bienes radicados en el Estado en que cada uno fue iniciado*”<sup>7</sup>. En su fórmula más radical, la concepción territorialista es un reflejo perfecto del fraccionamiento jurídico: cada Estado donde el deudor tenga bienes organiza la quiebra según su propio Derecho.

La alineación de los países al sistema de pluralidad de los concursos se debe a por lo menos tres factores: en primer lugar, porque 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 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 se 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<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> ESPLUGUES MOTA, Carlos: La quiebra internacional. Estudio comparado de los nuevos desarrollos doctrinales y legislativos en la materia, con especial referencia a las perspectivas de reformas del modelo español, J.M. Bosch Editor, SA, España 1993.

<sup>6</sup> HEREDIA, Pablo D., La ley modelo de UNCITRAL sobre insolvencia transfronteriza, Anuario de Derecho Concursal, 2001, Año 1, Buenos Aires, Ad Hoc, 2001, pág.169.

<sup>7</sup> HEREDIA, Pablo D, op cit, pág.169.

<sup>8</sup> HEREDIA, Pablo D, op cit, pág.170.

### 3. El proceso codificador iberoamericano: Los tratados de Montevideo y el Código Bustamante<sup>9</sup>

El Derecho internacional privado desarrollado en Iberoamérica no ha dejado de lado el tema del Derecho concursal internacional. De hecho, en América del Sur se contó desde muy temprano con normas convencionales en la materia, normas que, con mayor o menor depuración técnica y éxito, permitieron a distintos países de la Región gozar de un régimen jurídico altamente armonizado en este ámbito<sup>10</sup>.

Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, así como en el Código Bustamante de 1928, incorporaron normas sobre el tema. Sin embargo, la realidad indica que dichas convenciones no permitieron conformar el objetivo pretendido, esto es, la de lograr una regulación uniforme para todos los países de Latinoamérica, dado que no todos los Estados son parte del mismo tratado, existiendo -inclusive- países que integran más de una convención<sup>11</sup>.

El primero de los instrumentos fue suscripto en Montevideo el 12 de febrero de 1889 por los plenipotenciarios de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay y ratificado por sus respectivos gobiernos, con excepción de los de Brasil y Chile. Posteriormente, en el año 1933, el Convenio fue ratificado por Colombia, que no participó en su elaboración. En nuestro país fue aprobado por ley 3192, y actualmente regula las relaciones entre Argentina, Bolivia, Perú y Colombia.

Con motivo del quincuagésimo aniversario del primer tratado de Montevideo, se celebró nuevamente en la capital del Estado uruguayo el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional. Fue suscripto el 19 de marzo de 1940 por los delegados de Uruguay, Brasil, Colombia, Bolivia, Argentina, Perú y Paraguay. Entre nosotros fue ratificado por ley 7771/56 y sancionado y promulgado con fecha 8/5/1956. Actualmente regula las relaciones entre nuestro país, Uruguay y Paraguay.

---

<sup>9</sup> cfr. RUIZ, Sergio Gabriel, "Derecho argentino de la insolvencia transfronteriza" en *Practica judicial del proceso concursal*, directores JUNYENT BAS y MOLINA SANDOVAL, Editorial Abaco Depalma, 2005, pág. 297 y ss.

<sup>10</sup> ESPLUGUES MOTA, Carlos, *Procesos de integración regional y codificación internacional del derecho concursal: el Reglamento Comunitario sobre procedimientos de insolvencia como ejemplo de un nuevo futuro*, trabajo realizado en el Libro Homenaje al Dr. Parra Aranguren, remitido por el autor vía correo electrónico.

<sup>11</sup> Ratificaron el Tratado de Montevideo de 1889, Argentina, Bolivia, Colombia, Uruguay, Paraguay, Perú y Argentina, mientras que el de 1940, solamente Uruguay, Paraguay, Argentina. Por su parte, el denominado Código Bustamante vincula al Perú, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Venezuela, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, República Dominicana, Haití y Cuba.

Bajo el título X y a partir del art. 35, el tratado de 1889 (al igual que las normas del tratado de 1940) establece ciertos aspectos de la quiebra internacional, sin referir al concurso preventivo y otros procedimientos concursales tendientes a reestructurar la empresa o a liquidar los bienes del deudor. Atribuye competencia internacional exclusiva para conocer de los juicios de quiebra a los jueces del *“domicilio comercial del fallido, aún cuando la persona declarada en quiebra practique accidentalmente actos de comercio en otra nación, o mantenga en ella agencias o sucursales que obren por cuenta y responsabilidad de la casa principal”*.

A renglón seguido, el art. 36 estatuye que cuando el fallido tiene más de dos casas comerciales independientes en distintos territorios, serán *“competentes para conocer del juicio de quiebra de cada una de ellas, los tribunales de sus respectivos domicilios”*. Para Esplugues Mota, ello supone en definitiva, *“la admisión de la posibilidad de que coexistan una “pluralidad de juicios de quiebra o concursos”, cuyo ámbito de eficacia, aparentemente, debería venir concretada al territorio del país donde se haya iniciado”*<sup>12</sup>.

La calificación de “casa comercial independiente” no es brindada por la convención, empero, durante el Segundo Congreso de Montevideo de 1939/40, el miembro informante Dr. Raúl Sapena Pastor, representante del Paraguay, indicó que el rasgo diferencial era la independencia económica.

Esta posición fue sustentada en jurisprudencia en el precedente “Belum S.A.”<sup>13</sup> en el que el tribunal se declaró incompetente para declarar la quiebra de la sucursal de una sociedad constituida en Uruguay con fundamento en el art.40 del Tratado de Montevideo de 1940, entendiéndose que el capital asignado a la sucursal y la reinversión de utilidades no eran signo de independencia económica.

En contra de este criterio, se ha señalado que el concepto significa independencia jurídica, aunque no exista independencia económica de la casa principal o matriz<sup>14</sup>. Corolario de esta última postura que compartimos es que la aplicación del art. 41 se efectúa ante la existencia de dos o más sociedades constituidas en dos Estados ratificantes, *“aunque formen parte del mismo grupo empresario o sean sociedades controladas o vinculadas”*<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> ESPLUGUES MOTA, Carlos, “Procesos de integración regional y codificación internacional del derecho concursal: El reglamento comunitario sobre procedimientos de insolvencia como ejemplo de un nuevo futuro”, trabajo remitido por el autor.

<sup>13</sup> CNCom. Sala A, in re: “Belum SA c TecnoCom San Luis SA, fallo del 11-12-1998, ED185-624, idem in re: “Belforte Uruguay SA s/concurso preventivo s/incidente de nulidad” - CNCOM - SALA B - 16/04/2003. Asimismo, cfr. CNCom Sala B, in re: Ridiwell SA, LL 2001-A-142.

<sup>14</sup> NOODT TAQUELA, María Blanca, op cit. Pág.1365.

<sup>15</sup> idem cita anterior.

En el ámbito de aplicación del Tratado de Montevideo de 1889, en jurisprudencia se resolvió que no procede la apertura de un proceso concursal en el país extranjero (en el caso, Perú), en que se encuentran radicados bienes de la fallida, ello así pues dicho tratado establece el principio de unidad de concursos con el presupuesto de que no existan establecimientos sin dependientes del deudor, con la formación de un solo juicio de quiebra y la opción facultativa a favor de los acreedores situados en los Estados en los que no se declaró la quiebra, para que puedan pedir la apertura de un nuevo juicio de quiebra en el estado en el que son acreedores locales, solicitándolo dentro de los 60 días de publicación del hecho de declaración de quiebra y de las medidas preventivas dictadas<sup>16</sup>.

Sin embargo, la regulación de las convenciones no se circunscribe únicamente a la elaboración de normas de jurisdicción internacional en materia de falencias, pues incorpora otros asuntos no menos importantes, verbigracia, la eficacia de las medidas preventivas que puedan dictarse en el procedimiento concursal, el régimen de publicidad de la quiebra, el acceso de los acreedores y sus créditos, el reconocimiento del síndico de la quiebra extranjera, o la adopción de medidas de carácter personal sobre el fallido<sup>17</sup>.

De todos modos, la escasa aplicación de las normas por parte de los tribunales y en algunos casos, hasta la aplicación de reglas locales apartándose de las convenciones<sup>18</sup>, como también la falta de uniformidad y la anacrónica solución que dichos tratados brindan (sea porque resuelven problemas que hoy existen en las quiebras transnacionales, sea porque no todos los países de Latinoamérica son parte en dichos tratados, las cuestiones de insolvencia transnacional distan de estar adecuadamente reguladas en Latinoamérica<sup>19</sup>.

En cuanto al Convenio de La Habana del 21 de febrero de 1928, conocido como el Código de Bustamante, opta por el principio de la unidad de la quiebra. Su texto ha sido ratificado aunque con reservas por quince países Latinoamericanos. En el Capítulo del Título IX dedicado a la unidad de la Quiebra o Concurso, señala que

---

<sup>16</sup> CNCom Sala C in re: Diamint S.A.s/ quiebra s/ inc. de apelación, Sentencia del 12.9.94.

<sup>17</sup> ESPLUGUES MOTA, Carlos, "Procesos de integración regional..." ob cit.

<sup>18</sup> Cfr. Cám. Nac. Com. Sala B de la Ciudad de Buenos Aires, in re: Belforte Uruguay S.A. s/concurso preventivo publicado en La Ley 2003-E pág. 593, con nota de Miguel Angel Ciuro Caldani, en el que se solicitó la nulidad del auto de apertura de un proceso concursal en Argentina de una sociedad constituida en el Uruguay que estableció una Sucursal en Buenos Aires, a la que se imputó tener un objeto ilícito. El Tribunal de alzada rechazó el planteo fundado en la existencia de bienes en el país (art.2 inc. 2 de la ley concursal argentina) no aplicando las normas del art. 40 y 41 del Tratado de Montevideo de 1940.

<sup>19</sup> ARAYA, Tomás, Cuestiones actuales sobre insolvencia transfronteriza, en LA LEY 18/08/2004, pág. 1 y ss.

en caso que el fallido no tenga sino un domicilio civil o mercantil, no puede existir más que una única quiebra, que abarque, todos sus bienes y todas sus obligaciones en los Estados contratantes. Sin embargo, si una persona posee varios establecimientos, enteramente separados económicamente, en más de un estado, podrán existir tantos concursos como establecimientos mercantiles. Art. 415 C.D.B. Por su parte, el Art. 416 señala que la declaratoria de incapacidad del quebrado tendrá efectos extraterritoriales en los Estados contratantes mediante el cumplimiento previo de las formalidades de registro o publicación que exija la legislación de cada uno.

La norma siguiente (Art. 417) regula que el auto declaratorio de quiebra dictado en uno de los Estados contratantes, se ejecutará en los otros, en los casos y formas establecidos en ese Código y en cuanto a las facultades y funciones sindicales, se reconoce expresamente y sin necesidad de trámite anejo, siempre que su designación lo haya sido acuerdo con las disposiciones del Código (art. 418).

Además del esfuerzo codificador referido, en los últimos años se ha desarrollado un importante cambio en los parámetros sobre los que tradicionalmente se abordaron los problemas planteados por los concursos con elementos de extranjería. Y como contrapartida, la creación de textos internacionales en la materia creció vertiginosa. Así se firman, entre otros, el Convenio de Estambul, el Convenio de Bruselas de 1995, el Reglamento Comunitario de Insolvencia en el marco de la Unión Europea, y se concreta la Ley Modelo de CNUDMI sobre insolvencias transfronterizas con una visión mas abarcativa, no regional sino mundial.

El nuevo paradigma surge así, frente a la rígida alineación con una de las dos grandes e irreconciliables opciones doctrinales mantenidas históricamente como ejes de la regulación de este sector- unidad y universalidad del concurso, y pluralidad y territorialidad del mismo-, y al decir de Esplugues, *“se opta por diseñar soluciones posibilistas que, soslayando el radical enfrentamiento entre ambos planteamientos teóricos, buscan aportar respuestas realistas y efectivas a los problemas generados por los concursos internacionales”*<sup>20</sup>.

#### 4. Problemas recientes en materia de insolvencias transfronterizas en Latinoamérica

Como se dijo ya, en los últimos años, la cuestión de la internacionalidad de los procedimientos concursales en la Región se ha enfrentado a nuevos conflictos que superan la discusión dicotómica territorialismo-extraterritorialismo, algunos casos –

---

<sup>20</sup> ESPLUGUES MOTA, Carlos, Hacia la elaboración de un standard legislativo internacional en materia concursal: la propuesta de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), Revista Derecho de los Negocios Nro. 146, Madrid, noviembre, 2002, pp. 19-40.

que se consideran paradigmáticos- serán abordados en forma somera en las líneas que siguen.

En primer lugar, y tras una breve introducción al instrumento logrado en el seno de la CNUDMI, se hará referencia al precedente mexicano Xacur, primer caso de aplicación de la Ley Modelo sobre insolvencias transfronterizas. Posteriormente, se hará referencia al reconocimiento de un proceso de insolvencia extrajudicial argentino (APE) por parte de los Tribunales norteamericanos mediante el estudio del Caso Board of Directors of Multicanal SA, y finalmente, se analizará la opción cada vez más elegida por sociedades latinas que buscan en el procedimiento del Chapter 11 del Bankruptcy Code la alternativa que permita la reorganización de sus negocios en base al Caso Avianca.

## 5. La ley modelo de CNUDMI<sup>21</sup>: El caso Xacur

La concreción del texto definitivo de la ley modelo sobre insolvencia en 1997 concluye un proceso iniciado en 1992, con la propuesta presentada en el marco del Congreso sobre Derecho del Comercio Internacional, que tuvo lugar en Mayo de ese mismo año en el contexto del 25 período de sesiones de la CNUDMI. Las proposiciones generadas al amparo de este Congreso sirvieron a la Secretaría General de la Comisión para elaborar una *Nota sobre la posible futura labor en materia de Insolvencia Transfronteriza*, en estrecha colaboración con la International Association of Insolvency Practitioners (INSOL).

Con posterioridad, en los años 1994 y 1995 en las ciudades de Viena y Toronto se realizaron dos coloquios, que reconocieron la necesidad de la “*cooperación judicial, el acceso de los administradores de la insolvencia extranjera a los tribunales y el reconocimiento de los procedimientos de insolvencia extranjeros*”<sup>22</sup>.

A esos fines y teniendo en cuenta algunos de los principales problemas que surgen a la hora de promulgar disposiciones en materia de cooperación en el ámbito de la insolvencia transfronteriza, se establecieron sectores de trabajo tendientes a analizar al acceso a los tribunales y el reconocimiento de las actuaciones, la problemática de los efectos del reconocimiento, la cuestión de los procedimientos de insolvencia secundarios y por último, el acceso a los tribunales del representante de la

---

<sup>21</sup> Para un mayor análisis cfr. RUIZ, Sergio G., La ley modelo de UNCITRAL sobre insolvencias transfronterizas: ventajas de su incorporación al régimen concursal latinoamericano (con especial referencia al caso argentino), en *La insolvencia en el derecho concursal iberoamericano* (Coord. Lidia Vaiser), Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, pág. 185 y ss.

<sup>22</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza*, Doc. A/CN.9/442, de 19 de diciembre de 1997, p. 6 (en adelante, *Guía CNUDMI*) citada por Esplugues Mota, C. op cit.



insolvencia extranjera, la cooperación judicial y el deber de informar a los acreedores y de comunicarse información entre los administradores<sup>23</sup>.

El texto, finalmente concluido en mayo de 1997, ha generado la promulgación de leyes internas sobre la insolvencia transfronteriza en Islas Vírgenes, territorios de ultramar del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2005), Estados Unidos de América (2005), Eritrea, el Japón (2000), México (2000), Polonia, Rumania (2003), Sudáfrica (2000) y dentro de Serbia y Montenegro, en Montenegro (2002)<sup>24</sup>.

En su primer artículo<sup>25</sup>, la Ley Modelo limita el ámbito de aplicación de sus disposiciones a cuatro supuestos diferenciados, a saber: la solicitud de asistencia o reconocimiento respecto de un procedimiento extranjero, la remisión por un tribunal o administrador del propio Estado de una solicitud de reconocimiento de un procedimiento de insolvencia iniciado de acuerdo con el Derecho interno, la coordinación de procedimientos de insolvencia paralelos iniciados en dos o más Estados y, por último, la participación de los acreedores extranjeros en los posibles procedimientos de insolvencia iniciados en un Estado<sup>26</sup>.

Centrada en algunos aspectos procesales de la insolvencia transfronteriza, la Ley Modelo CNUDMI respeta las diferencias que se dan de un derecho procesal interno a otro y no intenta unificar el derecho sustantivo interno concursal. Ofrece soluciones que pueden ser útiles. Tal como precisa la propia Guía para la incorporación de la Ley Modelo, el texto de 1997 permite:

1) dar acceso a la persona que administra un procedimiento de insolvencia extranjero (“representante extranjero”) a los tribunales del Estado promulgante, lo que le permitirá obtener cierto “margen” temporal, y dará tiempo a esos tribunales

---

<sup>23</sup>Cfr ESPLUGUES MOTA, Carlos op cit.

<sup>24</sup> Datos extraídos del sitio web oficial de la CNUDMI: [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org) (actualizado al 24 de junio de 2005).

<sup>25</sup> El art.1 LM en su primera parte textualmente reza: "*La presente Ley será aplicable a los casos en que: a) Un tribunal extranjero o un representante extranjero solicite asistencia en este Estado en relación con un procedimiento extranjero; o b) Se solicite asistencia en un Estado extranjero en relación con un procedimiento que se esté tramitando con arreglo a la concreta normativa interna relativa a la insolvencia; o c) Se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor un procedimiento extranjero y un procedimiento en este Estado con arreglo a la concreta normativa interna relativa a la insolvencia; o d) Los acreedores u otras personas interesadas que estén en un Estado extranjero, tengan interés en solicitar la apertura de un procedimiento o en participar en un procedimiento que se esté tramitando con arreglo a la concreta normativa interna relativa a la insolvencia*".

<sup>26</sup> ESPLUGUES MOTA, Carlos, "La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza, de 30 de mayo de 1997: ¿De la hambruna al exceso?".

para determinar qué medidas de coordinación entre los tribunales o de otra índole procede otorgar para optimizar la administración de la insolvencia;

2) determinar cuando debe otorgarse el “reconocimiento” a un procedimiento de insolvencia extranjero y las consecuencias de ese reconocimiento;

3) enunciar en términos transparentes el derecho de los acreedores para iniciar un procedimiento de insolvencia en el Estado promulgante o participar en un procedimiento de esa índole;

4) facultar a los tribunales para cooperar más eficazmente con los tribunales y representantes extranjeros que intervengan en un asunto de insolvencia;

5) autorizar a los tribunales del Estado promulgante y a las personas que administren procedimientos de insolvencia en ese Estado a solicitar asistencia en el extranjero;

6) determinar la competencia de los tribunales y establecer reglas para la coordinación caso de haberse abierto procedimientos paralelos en el Estado promulgante y en otro Estado;

7) establecer reglas para la coordinación de las medidas otorgadas en el Estado promulgante en favor de dos o más procedimientos de insolvencia que tal vez se sigan en Estados extranjeros respecto de un mismo deudor.

### 5.1 El caso mexicano: Xacur<sup>27</sup>

En el año 1996, siete bancos mexicanos y uno de California formularon una petición involuntaria del Capítulo 11 de la ley de Bancarrotas americana contra Felipe, Jacobo y José María Xacur<sup>28</sup>, ciudadanos mexicanos que residían al mismo tiempo en Houston, quienes habían avalado préstamos bancarios otorgados a favor de compañías familiares (Xacur Companies) por la cual se habían emitido cartulares no satisfechas tras sus vencimientos. Un año antes la sociedad avalada había iniciado un procedimiento de suspensión de pagos de conformidad a la ley mexicana vigente por esos días, generando un incumplimiento obligacional cuyo pago tampoco fue afrontado por los avalistas Xacur.

---

<sup>27</sup> Para la redacción de este acápite se ha tenido especial consideración a la reseña efectuada por OSCOS, Dario, The Xacur Case: The mexican experience.

<sup>28</sup> El caso Xacur fue iniciado y continuado ante el Tribunal de Distrito Sur de Texas (Houston) a cargo de la Dra. Karen Brown.

La petición fue objetada por los hermanos Xacur solicitando, en base a la Sección 305 del mencionado capítulo, el rechazo del procedimiento por considerar que los intereses de los acreedores y del deudor estarían "mejor atendidos" ("better served") por dicho rechazo. El tribunal norteamericano y la Corte de Apelaciones, posteriormente, sostuvieron su jurisdicción al considerar que Jacobo (quien había opuesto tal defensa) estaba residiendo con su familia en Houston, tenía su asiento de negocios en dicha ciudad y ostentaba bienes en los Estados Unidos.

La particularidad de la falencia de los hermanos Xacur residió en la existencia de bienes de singular valor económico a nombre de los mismos, localizados en México (dos sociedades holdings mexicanas, en suspensión de pagos). En el año 2000 fue sancionada en el país azteca la Ley de Concursos Mercantiles (LCM) que incorpora en su Capítulo XII la Ley Modelo de la CNUDMI sobre insolvencias transfronterizas. Ello propició que el *trustee* (representante del procedimiento americano, con funciones análogas a las del Síndico o comisario), por intermedio de apoderado, solicitara por ante los Tribunales de Distrito Federal de México (ciudad en la que tanto Felipe como José María Xacur tenían sus domicilios) el reconocimiento de la insolvencia extranjera en Houston.

Al comparecer, los deudores opusieron la incompetencia de jurisdicción, que los mismos no revestían el carácter de comerciantes (nótese que la ley mexicana de concursos es para sujetos que ejercen el comercio) y que no resulta de aplicación la LCM si es que ya se encontraba tramitando un procedimiento de suspensión de pagos seguido por la ley anterior. También plantearon la inconstitucionalidad del Capítulo que incorporó la ley modelo al sistema mexicano, y cuestionaron la legitimación del trustee, entre otras defensas.

En el mes de diciembre de 2002 el Juez del Tribunal mexicano, Dr. Alejandro Villagomez Gordillo resolvió el reconocimiento del procedimiento extranjero y garantizó la cooperación internacional entre los Estados y tribunales involucrados. En dicho trámite y siguiendo las directivas introducidas en la LCM, se dictaron medidas de protección del patrimonio, suspendiendo la ejecución de bienes de los deudores, así como la suspensión de su transferencia (inhibición), confiar la administración de dichos bienes al trustee, entre otras.

Tras una serie de planteos recursivos (apelaciones, amparos), la Corte Suprema de Justicia de México en el mes de noviembre de 2005 estableció finalmente que la Ley Modelo de UNCITRAL sobre insolvencias transfronterizas no viola la Constitución Federal de México.

## 6. El APE, la reestructuración de la deuda privada y su reconocimiento por los tribunales norteamericanos

### a) El "default" argentino y sus consecuencias en el sector privado

A principios de 2002, la República Argentina declaró encontrarse en cesación de pagos, insolvencia soberana que configuró el mayor *default* de la historia. Junto con el Estado, muchas empresas nacionales siguieron el mismo derrotero con sus acreedores. Ocurrió que, como efecto propio de la salida de la convertibilidad devino una fuerte devaluación de la moneda nacional y con ello, la pesificación de las obligaciones contraídas en dólares pagaderas en el país; no así, respecto de las que debían cumplirse en el extranjero.

Este deterioro del peso argentino triplicó el endeudamiento de muchas compañías locales quienes necesariamente debieron iniciar un camino de negociaciones para reestructurar su deuda. Y si bien, las renegociaciones –adelantándose al canje de la deuda pública- han tenido un resultado exitoso en más de un 90% del total, tal porcentual durante los años 2002 y 2003 no fue significativo<sup>29</sup>.

La experiencia de estos años ha permitido establecer que aquellas negociaciones que culminaron en acuerdos inmediatos a la caída en default han resultado sumamente favorables a las empresas insolventes, logrando reestructuraciones con esperas, quitas de capital e intereses significativas, con reforzamientos que no derivaron en hipergarantías. Los posteriores acuerdos signados cuando la economía nacional empezó a recuperarse, en cambio, significaron mayores concesiones por parte de las deudoras. Parece atinada la frase pronunciada por Alfonso Prat-Gay<sup>30</sup> ante el Consejo de las Américas, en Nueva York en cuanto sostuvo que "*el momento de reestructurar la deuda es cuando estás de rodillas, no cuando la economía está recuperándose. Pero esa oportunidad se ha perdido, por desgracia*". Es que en definitiva, la tempestividad de la reestructuración respecto a la insolvencia debe ser uno de los principales aspectos a tener en cuenta a la hora de iniciar una negociación, a los fines que ésta pueda llegar a buen término con el menor sacrificio de todos los involucrados.

---

<sup>29</sup> De hecho, hasta marzo del año 2004, sólo el 30% de los créditos se habían regularizado y hacia fines de ese año el porcentaje subió significativamente (casi al 90 por ciento, porcentaje en el que coinciden dos consultoras especializadas en el tema. Según los datos del Banco Central (BCRA), la deuda externa del sector privado ascendía al 30 de junio de 2004 a US\$ 56.980 millones, de los cuales US\$ 49.000 correspondían el sector no financiero y el resto a los bancos privados locales. Sin embargo, no toda esa deuda se reestructuró. Para la consultora del mercado de capitales Argentine Research, el 60 por ciento de ese monto- aproximadamente US\$ 30.000 millones-, estuvo en cesación de pagos o fue objeto de alguna reestructuración (cfr. Diego Cabot, "El 90% de las empresas que renegociaron sus pasivos hoy puede decir: prueba superada" en [www.lanacion.com.ar/herramientas/SoloTexto/Nota.asp?nota\\_id=669721](http://www.lanacion.com.ar/herramientas/SoloTexto/Nota.asp?nota_id=669721)).

<sup>30</sup> Por entonces, el presidente del Banco Central de la República Argentina.

## b) El fenómeno de la titulización de deuda privada

La securitización es una tendencia que coadyuva al reforzamiento de los créditos y deudas mediante la documentación o titulización de los mismos a los fines de su negociación en el mercado de valores.

Como ha señalado la doctrina, *"es una transformación de activos líquidos en títulos valores negociables como una forma de acelerar el ciclo de flujo de distintos negocios utilizando como base diversos activos agrupados y creando con ellos estructuras convenientemente aisladas para que aseguren un grado suficiente de garantías a las fuente de financiamiento que se alcanzarán mediante la colocación de títulos valores o participaciones en el flujo de fondos producidos por esos activos subyacentes"*<sup>31</sup>

En el derecho argentino, la emisión de bonos está regulada por la ley 23.576 (B.O. 27/7/88) y su reforma ley 23.962 (B.O. 6/8/91), que en forma específica regulan las obligaciones Negociables (en adelante O.N.), en sus dos variantes, simples y las convertibles en acciones, con diverso contenido según la sociedad emisora fuere sociedad cotizada o no y según se emitan para su cotización o no en el mercado<sup>32</sup>.

Una de las principales cuestiones que trajo aparejada la securitización fue la atomización de los acreedores, tanto en el sector privado, como en el público (como consecuencia de la securitización de los préstamos que documentaban la deuda externa, acontecida a partir del Plan Brady a principios de la década del noventa), por lo que dichos empréstitos fueron convertidos en bonos que se comercializan o colocan en el mercado abierto de títulos<sup>33</sup>.

Así, un grupo abierto y desconocido de acreedores (*bondholders*), tales como compañías de seguros, inversores institucionales y los llamados inversores individuales *"sofisticados"* (también denominados fondos buitres) concentra actualmente un porcentaje importante de la deuda empresarial argentina.

Esta circunstancia ha provocado un efecto fundamental en el proceso de reestructuración de la deuda privada, puesto que, movidos por circunstancias personales, algunos de estos acreedores, pretendieron la ejecución de la deuda

---

<sup>31</sup> Cfr. LISOPRAWski, Sergio, "Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización", Ed Depalma 1995, p. 15, cit por DASSO, Ariel A. El APE, las señales de alarma y los títulos en serie, LL Sup.Esp. Acuerdo Prev. Extrajudicial en la [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar).

<sup>32</sup> cfr. DASSO, Ariel A. op cit.

<sup>33</sup> Respecto a la novación de la deuda pública argentina cfr. RUIZ, Sergio G. y JOSE, Carlos A., Quiebra soberana. Hacia un nuevo procedimiento internacional de insolvencia de Estados, en Diario ED del 4.03.03 pág. 1 y ss.

independientemente o al margen de la negociación global que se fue produciendo a través de los distintos procedimientos permitidos por el derecho patrio.

### c) El Acuerdo Preventivo Extrajudicial como instrumento de reestructuración

La reestructuración de la deuda empresaria argentina se encauzó por distintos procedimientos -judiciales o extrajudiciales- entre los que pueden mencionarse la contratación privada<sup>34</sup>, el concurso preventivo<sup>35</sup>, la quiebra<sup>36</sup> y el renovado acuerdo preventivo extrajudicial (en adelante APE)<sup>37</sup>.

El APE, cuyo texto ha sido reformado por la ley 25.589, permite que un acuerdo contractual de efectos limitados a las partes se convierta –luego de su homologación- en una solución concursal que se propaga a todos los créditos por causa o títulos anterior con efectos casi idénticos a los del concurso preventivo judicial (vide art.69 y 76 LCQ), que suspende las acciones de contenido patrimonial con alcances análogos a los establecidos para aquél<sup>38</sup> y que establece

---

<sup>34</sup> La contratación privada, es decir, la concertación con los acreedores sin intervención judicial, fue la oportunidad que transitaron varias empresas argentinas, entre ellas, la supermercadista Coto, la cordobesa Arcor, Siderar, Techint, la empresa láctea Mastellone y Central Costanera. A modo informativo, la firma Coto acordó con el 100% de sus acreedores y refinanció un préstamo por U\$S 170 millones y otra deuda financiera por alrededor de U\$S 35 millones sin ofrecer quita y sin necesidad de reforzar su crédito con garantías anejas. *“Central Costanera tampoco necesito de la Justicia. Arregló con sus acreedores, entre ellos Mitsubishi Corporation a quien le había comprado una planta llave en mano, y emitió su nueva deuda. Siderar y Techint tampoco necesitaron de la intervención judicial y convinieron con sus acreedores. Otro acuerdo privado que fue el de Mastellone (La Serenísima). La empresa láctea acordó con sus acreedores pero cedió en garantía el 49% de sus acciones”* (cfr. Diego Cabot, ob cit).

<sup>35</sup> Regulado por la ley 24.522 y sus modif., el procedimiento preventivo tradicional, eminentemente judicial y con control de las actividades por parte de un órgano sindical, fue utilizado por algunas empresas, entre las que resonaron, Aerolíneas Argentinas, Alpargatas y Compañía General de Combustibles. En el expediente de la empresa aérea se verificaron deudas por un valor cercano a los 2500 millones de pesos, ofreciéndose como propuesta de acuerdo el pago de un 40% de ese valor en tres cuotas, la última sería 720 días después de homologar en convenio.

<sup>36</sup> En principio, la vía liquidativa no ha sido la preferida, pues el proceso ocasiona el cese de la explotación comercial (salvo supuesto excepcional) y tiende a la satisfacción del pasivo verificado mediante la venta del activo falencial.

<sup>37</sup> Según un informe de la Fundación Capital, Autopistas del Sol renegoció US\$ 400 millones; Banco Hipotecario refinanció US\$ 913 millones y la Hidroeléctrica Piedra del Aguila, US\$ 250 millones, todas con esta alternativa.

<sup>38</sup> “La presentación del pedido de homologación del APE suspende todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor acuerdista en los términos del art. 21 incs. 2° y 3° de la ley concursal; de este modo se establecen efectos semejantes a los previstos con motivo de la apertura del concurso preventivo” (cfr. DI TULLIO, José A. Reestructuración de deuda. A.P.E. y suspensión de acciones LL Sup.CyQ 2004 (diciembre), 1).

como criterio para el cómputo de mayorías la misma base prevista para el mencionado concordato judicial<sup>39</sup>.

Ahora bien, aún cuando el deudor obtenga la homologación de su APE, existe un riesgo latente: la posibilidad de que algún acreedor disidente (generalmente, un acreedor del exterior) procure embargar activos del deudor o inicie acciones de cobro o pedidos de quiebra en los Estados Unidos, desconociendo la eficacia del APE homologado por la justicia argentina. Como sostiene Muñoz de Toro y Fabián D'Aiello *"este riesgo no es menor, especialmente si se toma en cuenta la práctica habitual entre ciertos inversores de comprar deuda de compañías en "default" (o casi) a muy bajo precio para luego mantenerse al margen de las negociaciones, transformarse en "hold-outs" y negociar una salida más beneficiosa que la ofrecida al resto de los acreedores o acudir a los tribunales para obtener el 100% de su crédito"*<sup>40</sup>.

#### d) El caso Multicanal S.A s/ APE

Multicanal, una compañía de canales por cable, es una sociedad anónima inscripta en la República Argentina que forma parte del Grupo Clarín y que desarrolla principalmente su actividad dentro del territorio nacional, con alguna prolongación de sus negocios en los vecinos países de Uruguay y Paraguay.

A principios de septiembre de 2003<sup>41</sup>, la operadora de cable –que ya había anunciado su imposibilidad de cumplir regularmente con las obligaciones asumidas- presentó un Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE) para renegociar principalmente las Obligaciones Negociables (ON) con sus acreedores, con un pasivo calculado en cerca de 509 millones de dólares. Dicho procedimiento fue presentado sin haber obtenido la apista la mayoría de consentimientos requeridos por la Ley 24.522, solicitando al juez la convocatoria de una asamblea de tenedores de las obligaciones negociables por ella emitida, con la finalidad de proponerles la aprobación o rechazo de su propuesta de reestructuración.

A los efectos del cómputo de las mayorías<sup>42</sup> correspondientes a los acreedores tenedores de obligaciones negociables, el juzgado resolvió que no se consideraría

---

<sup>39</sup> Cfr. DASSO, Ariel A., El APE, las señales de alarma y los títulos en serie, LL, Sup.Esp. Acuerdo Prev. Extrajudicial.

<sup>40</sup> Cfr. Muñoz de Toro –D´Aiello, El reconocimiento en EE.UU. de los acuerdos entre partes es un importante avance para los procesos de reestructuración de deuda privada, [www.clarin.com/suplementos/economico/2004/09/05/n-01201.htm](http://www.clarin.com/suplementos/economico/2004/09/05/n-01201.htm) (Diario Clarín del 5/9/2004).

<sup>41</sup> Juzg. Nac. de 1ª Inst. en lo Com. N° 4. Secr. 8, del 22/09/2003.

el capital de aquellos bonistas que no concurrieren a la asamblea o que se abstuvieron de votar en la misma<sup>43</sup>. Receptó, de tal manera, el criterio aplicado en el concurso de Sociedad Comercial del Plata entre otros procesos concursales<sup>44</sup>; obteniendo de este modo las mayorías del art.45 bis LCQ.

Las impugnaciones deducidas por diferentes acreedores se fundaron en la oposición al sistema de cómputo de mayorías dispuesto para la asamblea de bonistas mencionado; en la interpretación de los requisitos formales para prestar el consentimiento exigido por la ley; y finalmente en la inconstitucionalidad del APE y del art.45 bis que regula el otorgamiento del consentimiento por los bonistas en un proceso concursal preventivo.

La sentencia del juzgado de primera instancia rechazó todas las oposiciones y homologó el APE firmado entre Multicanal y sus acreedores, dictum que fue apelado, y radicado por ante la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Ciudad de Buenos Aires, quien rechazó los recursos y ratificó la homologación del APE de Multicanal.

En dicho precedente, la alzada comercial sostuvo que el APE es un tipo de procedimiento concursal diferente al concurso preventivo, y que, ante los vacíos normativos que tienen la regulación actual del APE, el juez puede acudir a las normas del concurso preventivo para integrar la regulación, pero no de manera automática sino acotada y razonada.

---

<sup>42</sup> Para DASSO, en ningún caso Multicanal podría haber invocado la norma concursal introducida por la ley 25.589 en el art. 45 bis pues técnicamente no habría existido concurso sino relación contractual, entre el deudor y sus acreedores titulistas. Sin embargo, *"la sola puesta en marcha del procedimiento judicial a través de la solicitud de homologación determinó la apertura de la faz concursal y ante la manifiesta imposibilidad de la concreción de la negociación y del cumplimiento de los requisitos del art. 72, por no haberse obtenido de parte del fiduciario la convocatoria a la asamblea de los acreedores titulizados, el juzgado activó el procedimiento que adquiere así naturaleza concursal, y dispuso medidas preliminares tendientes a determinar la expresión de voluntad de lo acreedores titulizados, conforme a las normas del concurso preventivo judicial: art. 45 bis LCQ."*(DASSO, Ariel A. El APE, las señales de alarma y los títulos en serie, LL Sup.Esp. Acuerdo Prev. Extrajudicial en la [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar)).

<sup>43</sup> En doctrina, cfr: Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos A., "Ajustes técnicos al proceso concursal: tratamiento diferenciado de los títulos seriados en la ley 25589 ", JA 2002-II-1301 , y Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos A., "Reformas concursales. Leyes 25561, 25563 y 25589 ", 2002, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 171, Kenny, Mario O., "Obligaciones negociables", 1996, Ed. Abeledo-Perrot, p. 93, Paolantonio, Martín E., "Obligaciones negociables", 2004, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 229 y ss.

<sup>44</sup> En el precedente Autopistas del Sol S.A. se sostuvo que el régimen de mayorías que rige para el acuerdo preventivo extrajudicial *"alcanza por igual a todos los acreedores, incluidos los tenedores de obligaciones negociables emitidos por el deudor, pues si el legislador hubiera querido excluirlos lo habría dicho expresamente, sin que se advierta razón alguna para que tal categoría quede fuera de un mecanismo que se aplica al resto de las deudas"* ( Cfr. Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Comercial Nro. 17 • 29/12/2003 - Sup.Esp. Acuerdo Prev.Extrajudicial 2004(noviembre), 151).



El segundo tema resuelto, fue la aplicación de la regulación de la legislación concursal a la reestructuración de las obligaciones negociables<sup>45</sup>. En este punto sostuvo el tribunal comercial que, al tratarse el APE de un negocio de mayorías, debe descartarse la unanimidad requerida por el contrato o por la legislación para convalidar la reestructuración de estas deudas y que las normas de orden público como la LCQ prevalecen sobre los contratos, en el caso el contrato de fideicomiso.

Como consecuencia de aceptar la aplicación de las normas del concurso preventivo al APE, la Cámara también aceptó que las previsiones existentes con relación al consentimiento de las obligaciones negociables (artículo 45 bis) debían aplicarse al APE. Con ello aprobó el régimen de cómputo de las mayorías de bonistas dispuesto por el juez de primera instancia, y el procedimiento utilizado para convocar y celebrar la asamblea de bonistas<sup>46</sup>. Además de citar precedentes judiciales argentinos para sostener su decisión, se remitió al régimen del derecho de quiebras americano (prepackaged plans).

Finalmente la Cámara desestimó el planteo de que las normas que regulan el APE y el voto de los bonistas son contrarias a la Constitución Nacional.

#### e) El artículo 304 del Bankruptcy Code de los Estados Unidos

En 1978, la Bankruptcy Reform Act (BC) asumió la tarea de compatibilizar los principios de universalidad y territorialidad frente al supuesto de un fallido (o concursado) extranjero con un patrimonio ubicado en los Estados Unidos,

---

<sup>45</sup> “Si bien el art. 14 de la ley 23.576 establece que las condiciones de emisión de las obligaciones negociables no pueden alterarse sin unanimidad de obligacionistas, ello no resulta aplicable al acuerdo preventivo extrajudicial, toda vez que en el esquema concursal prima el régimen de mayorías, quedando los tenedores de obligaciones negociables sometidos a dicho régimen sin que obste a ello la existencia de regulación de forma diversa en un contrato precedente -en el caso, fideicomiso-, porque el desplazamiento de las normas contractuales es característica de todas las deudas de origen contractual en la aplicación del analizado instituto concursal” (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A • 04/10/2004 • Multicanal S.A. • Sup.CyQ 2004 (noviembre), 49 - Sup.Esp. Acuerdo Prev. Extrajudicial 2004 (noviembre), 127.

<sup>46</sup> “Resulta procedente excluir a los tenedores de obligaciones negociables ausentes o abstenidos, de la base de cómputo de la mayoría de capital en la votación de un acuerdo preventivo extrajudicial, pues la alusión a los participantes en el acto que contiene el inc. 2 del art. 45 bis de la ley 24.522 (Adla, Lv-D, 4381) importa clara referencia a quienes han asistido a la asamblea, y el hecho de que la norma indique que expresarán conformidad o rechazo, torna razonable considerar excluidos a quienes participaron pero se abstuvieron de votar”. (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A • 04/10/2004 • Multicanal S.A. • Sup.CyQ 2004 (noviembre), 49 - Sup.Esp. Acuerdo Prev. Extrajudicial 2004 (noviembre), 127. Con similar temperamento cfr. CNCom,D in re:Sociedad Comercial del Plata s/ concurso preventivo del 22/6/05.

regulando la sección USC § 304 que crea un procedimiento anciliario (subordinado) a uno extranjero (ancillary to a foreign proceeding)<sup>47</sup>.

Como señala Conil Paz, se diseña de esta forma “*un sistema cuya finalidad es asistir y suplementar a un concurso en el extranjero, permitiendo incidir judicialmente en la participación y distribución de los bienes de un extranjero ubicados en los Estados Unidos*”<sup>48</sup>.

Siempre que una parte interesada no deduzca oposición al requerimiento de un proceso anciliario, el tribunal puede:

- a) ordenar la prosecución o continuación de cualquier acción contra un deudor o en cuanto a sus bienes. También la inmediata aplicación contra el deudor de cualquier tipo de sentencia, relativas a dichos bienes, o en su caso, la prosecución judicial destinada a crear, o a hacer valer privilegios;
- b) ordenar la remisión de bienes, sus rentas o intereses para el fallido (o concursado), al representante extranjero; o
- c) ordenar cualquier medida precautoria<sup>49</sup>.

Sin embargo, el tribunal debe asegurar

- i) un tratamiento justo para todos los titulares de créditos o intereses;
- ii) la protección de los acreedores norteamericanos contra perjuicios que pudieran sufrir en los procesos extranjeros si pretendiesen verificar sus créditos;
- iii) la prevención respecto de normas o disposiciones preferenciales o fraudulentas de la propiedad de tales bienes;
- iv) que la distribución de los beneficios e intereses de esos bienes se rijan de acuerdo a las disposiciones de ese título
- v) comity (cortesía)<sup>50</sup> y
- vi) si fuere apropiado, disponer la oportunidad de un nuevo tratamiento para los afectados en el procedimiento extranjero.

---

<sup>47</sup> Cfr. FIELDING, Michael, Ancillary proceedings in the United States – Part II, INSOL World, Second Quarter 2005, pág.6, [www.insol.org](http://www.insol.org).

<sup>48</sup> CONIL PAZ, Alberto A., La sección 304 (c) del Bankruptcy Code de los Estados Unidos, LL-1997-D, 1140.

<sup>49</sup> CONIL PAZ, Alberto A, op cit, pág.1141.

<sup>50</sup> En el célebre caso Hilton vs Guyot (159.US. 113, 1895), la Suprema Corte de los EEUU sentó los principios que rigen la “cortesía”. Allí se sostuvo: “Comity, in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive, or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens, or of other persons who are under the protection of its laws”.

Recientes reformas ha sufrido el Código de Bancarrotas norteamericano, entre ellas, la inclusión en el capítulo 15 de normas basadas en la Ley modelo de CNUDMI (UNCITRAL) sobre insolvencias transfronterizas (1997)<sup>51</sup>, que perfecciona el sistema de la sección 304 y tiende a concretar la cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes de los Estados que intervengan en casos de insolvencia transfronteriza.

f) El conflicto normativo entre la ley de fideicomisos norteamericana (TIA) y la ley argentina 24.522

En particular, en el asunto que se comenta, los tenedores estadounidenses de títulos de deuda emitidos por la empresa argentina –Argentinian Recovery Company, integrante del fondo de inversión W.R. Huff Asset Management<sup>52</sup> (en adelante ARC) y otro acreedor individual (sr. Williard Alexander)- instaron ante los tribunales norteamericanos que se respete sus tenencias de bonos, los que de conformidad a la Ley de Convenio de Fideicomiso de Estados Unidos (Trust Indenture Act 1939, en adelante TIA) –ley que rige la emisión de dichos títulos- no pueden ser afectados ni obstaculizado el ejercicio de sus derechos por un procedimiento concursal extranjero (APE).

Multicanal solicitó entonces una medida precautoria en virtud del artículo 304 para frenar las acciones del fondo Huff en Nueva York, tendientes a forzar un concurso (Chapter 11) de la compañía en los Estados Unidos, a pesar de la homologación en la Argentina del APE de dicha compañía

En un primer fallo emanado del Tribunal de Quiebras del Distrito Sur, el Juez Allan L. Gropper, desestimó la solicitud planteada a fin de que ésta desista de la petición del art. (section) 304 de la Ley de Quiebras estadounidense (Bankruptcy Code, en adelante BC) y entendió que resolver de modo contrario importaría impedir la realización de un concurso preventivo regido por las leyes de su jurisdicción local a las compañías extranjeras que emiten títulos de deuda en los Estados Unidos, obligándolas a iniciar un procedimiento estadounidense de concurso preventivo<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> El texto, finalmente concluido en mayo de 1997, ha generado la promulgación de leyes internas sobre la insolvencia transfronteriza en Islas Virgenes, territorios de ultramar del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2005), Estados Unidos de América (2005), Eritrea, el Japón (2000), México (2000), Polonia, Rumania (2003), Sudáfrica (2000) y dentro de Serbia y Montenegro, en Montenegro (2002). cfr. [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

<sup>52</sup> Huff dice tener u\$s 157 millones en títulos de Multicanal, que representan más del 30% del total del pasivo de la apista.

<sup>53</sup> Cfr. Tribunal de Quiebras del Distrito Sur de Nueva York - 12/03/2004 in re Directorio de Multicanal S.A. , en La Ley Online

El temperamento del juez americano también se basó en que el hecho de que la Ley de Convenio de Fideicomiso de Estados Unidos (T.I.A) prohíba a una mayoría calificada de tenedores de títulos de deuda obstaculizar el ejercicio de los derechos derivados de dichos títulos, no obsta a la procedencia del desagravio previsto en el art. 304 de la Ley de Reforma de Quiebras estadounidense consistente en suspender las acciones dirigidas contra los bienes involucrados en un procedimiento concursal extranjero, aunque las leyes que regulen el procedimiento argentino no sean idénticas a las de Estados Unidos<sup>54</sup>.

Hasta ese entonces, la justicia de New York había determinado que la legislación que rige la emisión de los bonos no impide que se comience un proceso de reestructuración para todos los acreedores en esos tribunales, pero faltaba aún la definición sobre la cuestión de fondo, esto es, la del reconocimiento del Acuerdo Preventivo Extrajudicial como un proceso concursal similar a los de EE.UU, que no discrimina a los acreedores y que pueda ser considerando como proceso extranjero principal en los términos de la sección 304.

g) El fallo de la Justicia Norteamericana in re: Board of directors of Multicanal S.A.

Valioso antecedente argentino que logró superar el valladar judicial americano lo configuran los procedimientos de insolvencia de las empresas Sociedad Comercial del Plata S.A. (en adelante SCP) y Compañía General de Combustibles (en adelante CGC), cuyos representantes iniciaron un procedimiento secundario (anciliario) en el Tribunal de Quiebras de Estados Unidos para el Distrito sur de Nueva York de conformidad con el art. 304 de la ley de quiebras EE.UU, con la finalidad de obtener una medida similar a la orden de no innovar vigente en la Argentina como resultado del concurso preventivo. El 17 de enero de 2001, el tribunal hizo lugar a la medida precautoria prohibiendo a los acreedores estadounidenses iniciar o continuar acciones o procedimientos contra SCP o CGC o tomar cualquier medida contra los bienes de SCP o CGC en los EE.UU. Sin embargo tales precedentes no son totalmente análogos al de Multicanal, puesto que versan sobre un procedimiento tradicional como lo es el concurso preventivo judicial.

---

<sup>54</sup> El tribunal funda su aserto en el precedente del año 1883 in re: "Canada Southern Ry v. Gebhard", en el que titulares de bonos residentes en EE.UU. demandaron a la compañía de trenes canadienses por un default. Resulta de sumo interés lo resuelto por la Corte Suprema de EEUU en ese caso en el que sostuvo que: *"cualquier persona que opera con coporaciones internacionales, implícitamente se atiene a las leyes de ese gobierno extranjero(...)"*.

El 27 de agosto de 2004, el tribunal americano, en importante decisorio<sup>55</sup>, reconoció el APE de Multicanal en los Estados Unidos, resolviendo mantener la medida precautoria dictada a favor de la operadora de cable local, rechazando la pretensión de ARC, claro está, sujeto a ciertas condiciones.

Pero lo más trascendente es que el tribunal analizó exhaustivamente las normas relativas al APE, concluyendo que el mismo resulta un procedimiento aceptable en cuanto a la protección del debido proceso y de los derechos de los acreedores, muy similar a los "*Prepackaged Plans*" ("Prepacks") del derecho norteamericano.

El tribunal destacó, entre otros puntos<sup>56</sup>, que:

« Cuando alguien contrata con una entidad extranjera, acuerda someterse a las leyes del gobierno de esa jurisdicción (principio establecido por la Corte Suprema de ese país en 1883).

« El hecho de que los bonos en poder del acreedor se hayan emitido en el marco de un Indenture regulado por la Trust Indenture Act de 1939, como ocurre con muchas de las ON emitidas por empresas argentinas, no impide que se reestructure a los mismos de acuerdo con una sentencia extranjera que imponga una propuesta aprobada en un APE.

« Un APE califica como "foreign proceeding" conforme al artículo 304 (y el directorio del deudor puede presentar la solicitud como "foreign representative").

« El principio fundamental que debe guiar al tribunal para otorgar la medida del 304 es asegurar una administración expeditiva y económica del patrimonio del deudor. También resultan importantes los principios de cortesía internacional, a fin de reconocer el interés de los tribunales de un país de tener a su cargo los procesos de insolvencia de sus residentes.

« Las restantes premisas establecidas por el 304 (trato justo e igualitario a los acreedores, protección a los acreedores estadounidenses frente al proceso en el extranjero, prevención de disposiciones de activos en forma fraudulenta) son sólo una guía para el tribunal, pero debe analizarse cada situación caso por caso.

« No se requiere que el procedimiento extranjero o sus efectos sean idénticos a los que se aplicarían en los Estados Unidos, sino que se lleven a cabo ante un tribunal competente y no ofendan el orden público norteamericano.

« La regulación del APE, aunque breve y poco detallada, no afecta a su validez (su regulación se complementa en la práctica con las normas del concurso).

---

<sup>55</sup> El fallo en inglés (in extenso) puede consultarse en <http://siteresources.worldbank.org/GILD/Resources/MulticanalDecisionAug2004.pdf>.

<sup>56</sup> Cfr. Muñoz de Toro –D’Aiello, El reconocimiento en EE.UU. de los acuerdos entre partes es un importante avance para los procesos de reestructuración de deuda privada, [www.clarin.com/suplementos/economico/2004/09/05/n-01201.htm](http://www.clarin.com/suplementos/economico/2004/09/05/n-01201.htm)) Diario Clarín del 5/9/2004).

« El APE es un procedimiento similar a los Prepacks americanos: en ambos el control judicial se hace después de la votación, requieren las mismas mayorías, no computan en la votación a ausentes y abstenciones, pueden o no formarse comités de acreedores, el deudor continúa administrando el negocio, pero puede restringirse la disposición de activos, entre otras. Es más, el APE exige la presentación de cierta información certificada por contador público que no se requiere en los Prepacks y la suspensión de acciones contra el deudor es más limitada que en aquellos.

« Existe la posibilidad para el deudor de oponerse al APE y, en su caso, apelar.

« El plan de reestructuración propuesto debe haber sido presentado de buena fe, entendiéndose por tal que sea capaz de ser cumplido. El argumento de que "el deudor podría pagar más" no es aceptable para cuestionar un APE acordado con la mayoría requerida de acreedores.

El precedente "Board of directors of Multicanal SA" supone una convalidación por parte de la Justicia norteamericana (competente en materia de la mayoría de los bonos y títulos de deuda) de las normas que regulan el procedimiento de reorganización extrajudicial argentino (APE), otorgando eficacia transfronteriza a las decisiones judiciales locales que aprobaron la reestructuración del pasivo con las mayorías establecidas por la ley argentina y con ello, se brinda un marco de seguridad y eficiencia concursal.

Esta opción que acogió el juez americano frente al reconocimiento del APE, sustentada en la Sección 304 del Código de Bancarrotas (hoy modificado), implica por una parte, un respeto jurisdiccional al *dictum* argentino y por otra, la sustitución de la noción de universalidad por la de un tratamiento lo más unitario posible de la situación de insolvencia del deudor. Ello exige la concreción de mecanismos de articulación entre el procedimiento principal -aquel que de acuerdo con su propia naturaleza debe tener carácter unitario y abarcar la totalidad del patrimonio del deudor, maguer sea un procedimiento extrajudicial como lo es el APE- y los posibles procedimientos de carácter secundario -anciliario- que puedan iniciarse respecto de un mismo deudor con actividad transnacional.

## 7. El caso de la aerolínea colombiana Avianca y la jurisdicción internacional en materia de insolvencia

El presente acápite pretende abordar la circunstancia por la que 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, empero, pueden citarse también los casos de Xacur (1998), Global Ocean Carriers Ltd (2000), Chivor S.A. ESP, Varig, entre otras.

Como señala ARAYA, *“normalmente la decisión de aquellas sociedades no estadounidenses de llevar adelante su reorganización bajo el Chapter 11 del Code se originará en una necesidad de reestructurar las obligaciones provenientes de la financiación obtenida del mercado financiero de los EE.UU. (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”*<sup>57</sup>.

En el caso de Aerovías Nacionales de Colombia S.A. Avianca cuyo domicilio social se encuentra en Bogotá, y sin que exista en los Estados Unidos de América una sucursal ni bienes significativos, los tribunales norteamericanos determinaron su jurisdicción para atender a la solicitud de concursamiento (*reorganization*) según el Bankruptcy Code, en base al criterio de forum shopping, jurisdicción ampliada respecto a la posibilidad de considerar al “debtor”, quien inclusive así podrá ser considerado si posee bienes, o hasta una cuenta corriente abierta en dicho Estado<sup>58</sup>.

No hay dudas de que el panorama de algunas legislaciones latinas revela un anacronismo en el derecho internacional concursal, lo que torna cada vez más interesante el acudir a legislaciones que favorecen una pronta y eficaz negociación de las obligaciones adeudadas a los acreedores financieros domiciliados en el exterior, y precisamente, el Chapter 11, amén de las múltiples ventajas que el procedimiento americano posee, vgr. la suspensión de las acciones individuales de los acreedores, los *pre-packaged plan*, la financiación post-concursal, el cramdown (imposición del plan a los acreedores disidentes, etc.

Puede sostenerse que el caso Avianca configura *“una afirmación de la jurisdicción de los tribunales norteamericanos para entender en casos de insolvencia internacional que tengan contactos con los EE.UU., 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 con riesgo de insolvencia analicen la posibilidad de concursarse en dicho país, en caso de que el régimen concursal de su país no provea un escenario favorable para alcanzar la reestructuración de sus pasivos”*<sup>59</sup>, ello, con el riesgo de vulnerar la jurisdicción internacional en materia de insolvencia transfronteriza de países con legislaciones no acordes con la realidad de los tiempos actuales.

---

<sup>57</sup> ARAYA, Tomás, Cuestiones actuales sobre insolvencia transfronteriza, en LA LEY 18/08/2004, pág. 1 y ss.

<sup>58</sup> Cfr. SEIFE, Howard, As latin american cross-border insolvencies increase, so do the question of law.

<sup>59</sup> ARAYA, Tomás, op cit.

## h) Conclusiones

Luego del análisis efectuado sobre la realidad latina en el marco del derecho concursal internacional y en especial, a partir del cotejo de los tres casos reseñados, puede afirmarse que:

Todo país requiere inversiones y crédito, pero en Latinoamérica, en general (con la salvedad de México), el recupero de dichos fondos se ve postergado al pago de los créditos locales (si es que se trata de acreencias pagaderas en el extranjero con concurso abierto en el exterior), (vgr. Uruguay, Paraguay), o sometido a un requisito de admisibilidad formal (reciprocidad) si es que no existe abierto un proceso concursal en el domicilio de pago (vgr. Argentina)<sup>60</sup>.

El régimen jurídico de la insolvencia transfronteriza en los países del Cono Sur, habida cuenta de la génesis histórica de sus normas y las teorías en las que se sustentan, aparece insuficiente y se caracteriza por la falta de actualización de sus reglas, tanto de fuente interna como las de fuente internacional. Nótese a este respecto que, si bien loable su propósito al momento de su redacción, los convenios de Montevideo de 1889 y 1940 no han provocado la ratificación de la mayoría de los países latinoamericanos. Análogas consideraciones deben efectuarse respecto al denominado Código de Bustamante.

Por ello se requiere de manera urgente e imprescindible encarar legislativamente la adopción de reglas de derecho internacional privado para los concursos con repercusión transfronteriza, que sean acordes a las modernas tendencias en la materia, que logren una actuación rápida, coordinada y eficiente entre Tribunales y funcionarios de distintos países latinoamericanos, que contemplen los intereses nacionales en función de la actual inserción de los país en la economía regional y mundial, y que afirmen los valores de la previsibilidad y de la seguridad jurídica, favoreciendo la inversión transnacional y la reorganización de las empresas en crisis maximizando su valor y preservando empleos.

El estudio abordado revela nuevas posibilidades de la ley modelo de CNUDMI (UNCITRAL) sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997), instrumento útil, de naturaleza procesal que seguramente, tras ser incorporado a los distintos ordenamientos concursales latinos, posibilitará un reconocimiento efectivo de los procedimientos extranjeros de insolvencia, el acceso a la justicia de los administradores y la cooperación internacional de los magistrados concursales.

De lo que se trata, en definitiva, es de establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia internacional para lograr una mayor

---

<sup>60</sup> Cfr. RUIZ, Sergio Gabriel, "Derecho argentino de la insolvencia transfronteriza" en *Practica judicial del proceso concursal*, directores JUNYENT BAS y MOLINA SANDOVAL, Editorial Abaco Depalma, 2005, pág. 297 y ss.



seguridad jurídica en el comercio y las inversiones; y concretar una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas que proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluidos el deudor, la protección de sus bienes y la optimización de su valor.

Debe afirmarse en este sentido, que la Ley Modelo respeta las diferencias que se dan en los distintos ordenamientos jurídicos estatales, sin pretender unificar el derecho sustantivo nacional en materia concursal. Su objetivo estriba en alcanzar un suficiente nivel de cooperación entre los tribunales y otras autoridades competentes de los diferentes Estados implicados en una situación de insolvencia transnacional, a través de la concreción de un mínimo sistema de cooperación judicial y administrativa, y del diseño de un mecanismo flexible y sencillo de reconocimiento de procedimientos de insolvencia extranjeros -con la expresa aceptación de la posibilidad de iniciar procedimientos de carácter secundario-. Todo ello articulado sobre el principio de libre acceso de los acreedores extranjeros a los tribunales en condiciones de igualdad con los nacionales

Esta opción implica una sustitución de la noción de universalidad por la de tratamiento lo más unitario posible de la situación de insolvencia del deudor. Ello exige la concreción de mecanismos de articulación entre el procedimiento principal -aquel que de acuerdo con su propia naturaleza debe tener carácter unitario y abarcar la totalidad del patrimonio del deudor- y los posibles procedimientos de carácter secundario -procedimientos locales- que puedan iniciarse respecto de un mismo deudor con actividad transnacional.

Sostenemos que la aplicación de sus principios al régimen de los distintos países latinoamericanos mediante la adopción de sus reglas, sea como un capítulo de la ley concursal, o sea como una ley autónoma, permitirá una pronta y eficaz solución de los problemas suscitados por la legislación actual, estando garantizada su inclusión, con la debida inserción de normas de reciprocidad, tal como lo ha hecho la ley mexicana.

Empero, la consecución de los objetivos incorporados en el texto de la LM sólo podrá alcanzarse si se tiene como fundamento la relación directa de los involucrados, sustentada en la coordinación de los procedimientos y la cooperación de los magistrados y representantes de la insolvencia. Y en este punto, bueno es recordar que la incorporación de la legislación de UNCITRAL en un sistema en el cual no existen tribunales especializados en materia concursal o un sistema de normas armónico en el régimen interno de insolvencias, difícilmente pueda dar los frutos esperados<sup>61</sup>. Es que el concurso ocurre en el espacio y el tiempo y por eso, para comprenderlo, vale conocer también la Historia del Derecho

---

<sup>61</sup> Ver FONSECA HERNANDEZ, Alfredo, Evolución de la ley modelo de insolvencia transfronteriza, en [www.ijj.derecho.ucr.ac.cr](http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr).

y el Derecho Comparado, siendo relevante atender incluso a la "idiosincrasia" del país.

En definitiva, un régimen concursal basado en la cooperación internacional siempre abrirá mercados y atraerá capitales, pues tiene aptitud para generar confianza entre los acreedores e inversores.