

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA MATANZA

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS ECONOMICAS

ALCANCES Y EFECTOS DE LA CONVENCIÓN RELATIVA A GARANTÍAS INTERNACIONALES DE BIENES DE EQUIPO MÓVIL Y SUS PROTOCOLOS Y LA LEY MODELO SOBRE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA SOBRE LA LEGISLACIÓN ARGENTINA Y LA PROMOCIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS

55/B 135

SABINA AQUINO – ANIBAL G. AGUIRRE – NELIDA ALTAMIRANO

GRACIELA GODOY MARTICANI- ALEJANDRO GONCALVES-
ALEJANDRO MARIO MANCINI – NELIDA PEREZ – MONICA
ROCCO – SONIA LUISA SCOTTI – JOSE GABRIEL. F. YAMUNI

2008-2009

INDICE

CAPÍTULO 1

Empresas y sociedades comerciales

1.1. Empresas.

1.1.1. Concepto económico y jurídico de la empresa.

1.1.2. El empresario.

1.1.3. La empresa como adquirente de bienes y servicios.

1.1.4. La empresa internacional, multinacional, transnacional y supranacional.

1.1.4.1. La empresa multinacional y transnacional.

1.1.4.2. Concepto de empresa multinacional.

1.1.4.3. Caracteres esenciales y no esenciales de las empresas multinacionales.

1.1.4.3.1. Caracteres esenciales.

1.1.4.3.2. Caracteres no esenciales.

1.1.5. Concentración empresaria.

1.2. Las Sociedades Comerciales. Ley 19.550.

1.2.1. Nacionalidad de las sociedades comerciales.

1.2.2. Legislación Nacional. Ley 19.550. Las sociedades constituidas en el extranjero.

1.2.3. Cuestiones sobre actos aislados.

1.2.4. Cuestiones sobre la representación de la sociedad extranjera en el país

1.2.5. Las sociedades y empresas multinacionales.

1.2.6. Disposiciones y normativas de la Inspección General de Justicia (I.G.J.).

1.2.7. Tratados Internacionales.

1.2.7.1. Tratados de Montevideo de 1889.

1.2.7.1.1. Tratado de Derecho Internacional Civil de las Personas.

1.2.7.1.2. Tratado de Derecho Comercial Internacional. De las sociedades.

1.2.7.2. Tratados de Montevideo de 1940.

1.2.7.2.1. Reformas introducidas al Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889.

1.2.7.2.2. Reformas introducidas al Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889. De las sociedades.

1.2.7.3. Convención sobre el Reconocimiento de la Personería Jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras. La Haya. 1959 (Ley 24.409).

1.2.7.4. Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de Sociedades Comerciales. CIDIP II, 1979.

1.2.8. Sociedades controladas y vinculadas.

1.3. Armonización legislativa.

- 1.4. El orden Público.
- 1.5. El orden público internacional.
- 1.6. El orden público transnacional.
- 1.7. Principios del Banco Mundial para sistemas efectivos de insolvencia y de derechos de los acreedores.

CAPITULO 2

Inversiones extranjeras

- 2.1. Teorías.
 - 2.1.1. Teoría clásica.
 - 2.1.2. Teoría de la dependencia.
 - 2.1.3. Teoría ecléctica.
- 2.2. Ley de inversiones extranjeras. Ley 21.382.
- 2.3. Concepto de Inversión Extranjera Directa (IED).
- 2.4. La inversión extranjera en la Argentina.
- 2.5. Factores y determinantes de la IED.
- 2.6. Beneficios y riesgos de las IED.
 - 2.6.1. Beneficios de las IED.
 - 2.6.2. Riesgos de las IED.
- 2.7. Tratados Bilaterales de Inversión (TBI).
- 2.8. Cláusulas comunes en los tratados de inversión.
- 2.9. Principios básicos incorporados en los en los Tratados de inversión.
- 2.10. Cláusulas y principios incorporados en los Tratados de Inversión firmados por la República Argentina.
 - 2.10.1. Cláusula paraguas.
 - 2.10.2. Cláusulas de protección.
 - 2.10.3. Cláusulas de protección.
 - 2.10.4. Cláusulas de intangibilidad.
 - 2.10.5. Repatriación de capitales.
 - 2.10.6. Solución de controversias.
- 2.11. Los Tribunales Arbitrales (CIADI).
- 2.12. Comparación entre los distintos Tratados de Inversión firmados por la República Argentina.
- 2.13. Ley 26.360. Régimen de promoción de inversión en bienes de capital y obras de infraestructura.
- 2.14. Principios del Banco Mundial para sistemas efectivos de insolvencia y de derechos de los acreedores.

CAPITULO 3

Garantías reales y personales

- 3.1. Relación Acreedor – deudor.
- 3.2. El patrimonio como garantía común de los acreedores.
- 3.3. Concepto de “garantía”.
- 3.4. Clasificación.
- 3.5. Garantías en el Código Civil.
 - 3.5.1. Garantías reales.

- 3.5.1.1. Prende.
- 3.5.1.2. Hipoteca.
- 3.5.1.3. Anticresis.
- 3.5.2. Garantías personales.
 - 3.5.2.1. Fianza.
- 3.6. Garantías en el Código de Comercio.
 - 3.6.1. Fianzas.
 - 3.6.2. Cartas de crédito.
 - 3.6.3. Prenda.
 - 3.6.4. Prenda con registro
- 3.7. Garantías en la Ley de la Navegación.
 - 3.7.1. Prenda e hipoteca naval
- 3.8. Garantías en el Código Aeronáutico.
 - 3.8.1. Hipoteca aeronáutica.
- 3.9. Ley Modelo Interamericana sobre garantías mobiliarias.
 - 3.9.1. Principios de la Ley Modelo Interamericana sobre garantías mobiliarias.
 - 3.9.2. Registros.
- 3.10. Principios del Banco Mundial sobre créditos y garantías.
- 3.11. Garantías Reales. Proyecto de Guía legislativa de la CUNDMI sobre operaciones garantizadas.
 - 3.11.1. Objetivos clave de un régimen de operaciones garantizadas eficiente y eficaz.
 - 3.11.2. Términos y conceptos.
 - 3.11.3. Derechos y obligaciones de las partes.
 - 3.11.4. Principios.
 - 3.11.4.1. Autonomía de la voluntad.
 - 3.11.4.2. Normas imperativas.
 - 3.11.4.3. Normas no imperativas.
 - 3.11.5. Derechos y obligaciones del tercero deudor.
 - 3.11.6. Ejecución de una garantía real.
 - 3.11.7. Principios generales de la vía ejecutoria.

CAPITULO 4

Los privilegios

- 4.1. Principios generales.
 - 4.1.2. Concepto y naturaleza.
 - 4.1.3. Caracteres de los privilegios.
 - 4.1.4. Justificación de la existencia de créditos privilegiados.
 - 4.1.5. Régimen aplicable en materia de privilegios concursales.
 - 4.1.5.1. Antecedentes.
 - 4.1.5.2. Los privilegios en la Ley 24.522.
 - 4.1.5.3. Gastos de conservación y justicia. Acreedores del concurso.
 - 4.1.5.4. Distintos supuestos de créditos del concurso.
- 4.2. Créditos del Estado, de acreedores privilegiados y quirografarios.

- 4.2.1. Distintas clases de acreedores.
 - 4.2.1.1. Propuesta para acreedores comunes.
 - 4.2.1.2. Finalidad de las categorías.
 - 4.2.1.3. Las tres categorías mínimas.
- 4.2.2. Categorías de acreedores.
 - 4.2.2.1. Acreedores con privilegio especial.
 - 4.2.2.1.1. Naturaleza de sus créditos.
 - 4.2.2.1.2. Casos contemplados.
 - 4.2.2.1.3. Orden de los privilegios especiales.
 - 4.2.2.1.4. Reserva de gastos.
 - 4.2.2.1.5. Subrogación real.
 - 4.2.2.2. Créditos con privilegio general.
 - 4.2.2.2.1. Naturaleza jurídica de estos créditos.
 - 4.2.2.2.2. Orden de preferencia y forma de pago.
 - 4.2.2.2.3. Créditos laborales.
 - 4.2.2.2.4. Intereses.
 - 4.2.2.2.5. El capital por impuestos y tasas adeudadas al fisco.
 - 4.2.2.2.6. Gastos funerarios y de última enfermedad.
 - 4.2.2.2.7. Alimentos y gastos indispensables.
 - 4.2.2.2.8. Facturas de crédito.
 - 4.2.2.2.9. Extensión de los créditos con privilegio general.
 - 4.2.2.2.10. Ubicación de los privilegios generales en el orden de preferencia.
 - 4.2.2.3. Créditos comunes o quirografarios. Prorratio.
 - 4.2.2.3.1. Acreedores comunes o quirografarios.
 - 4.2.2.3.2. Pago a prorrata.
 - 4.2.2.4. Créditos subordinados.
 - 4.2.2.4.1. La renuncia de créditos subordinados.

CAPITULO 5

La insolvencia transnacional

- 5.1. Concepto de insolvencia transnacional .
- 5.2. Procedimientos de insolvencia
 - 5.2.1. Procedimientos internacionales vinculados a la insolvencia.
- 5.3. Teorías.
 - 5.3.1. Teoría de la unidad- universalidad o extraterritorialidad de la quiebra.
 - 5.3.2. Teoría de la pluralidad o de la territorialidad de la quiebra.
- 5.4. Tratamiento de la quiebra transnacional,
- 5.5. Ley 24.522 de concursos y quiebras.
- 5.6. Tratados de Derecho Internacional Privado de Derecho Comercial de Montevideo.

CAPÍTULO 6

La armonización legislativa.

- 6.1. Armonización legislativa.
- 6.2. La Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (UNCITRAL) (CNUDMI)
 - 6.2.1. Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
 - 6.2.2. Diversos textos legislativos de la CNUDMI.
 - 6.2.2.1. Convenciones y convenios.
 - 6.2.2.2. Leyes modelo.
 - 6.2.2.3. Guías legislativas y recomendaciones.
 - 6.2.2.4. Disposiciones modelo.
 - 6.2.3. Textos explicativos.
 - 6.2.3.1. Guías jurídicas.
 - 6.2.3.2. Declaraciones interpretativas.
 - 6.2.4. Textos de la CNUDMI
- 6.3. El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).
- 6.4. Otras organizaciones.
- 6.5. Órganos y organismos especializados de las Naciones Unidas.
- 6.6. Otras organizaciones gubernamentales.
- 6.7. Organizaciones internacionales no gubernamentales.
- 6.8. Órganos y organismos vinculados a la insolvencia.
 - 6.8.1. Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD).
 - 6.8.2. International Insolvency Institute and American Law Institute.
 - 6.8.3. Federación Internacional de Profesionales en materia de Reestructuración, Insolvencia y Quiebra (INSOL).
 - 6.8.4. OCDE.
 - 6.8.5. Banco Mundial.
- 6.9. CIDIP.
 - 6.9.1. Propuestas de temas presentados a la Agenda de la Séptima conferencia Interamericana.

CAPITULO 7

La Convención relativa a Garantías Internacionales sobre Bienes de Equipo Móvil, Ciudad del Cabo 2001 (CGIBEM).

- 7.1. Antecedentes.
 - 7.1.1. Garantías sobre bienes de equipo móvil.
 - 7.1.2. Objetivos de la convención.
- 7.2. Análisis del texto legal.
 - 7.2.1. La expresión “bienes de equipo móvil”.
 - 7.2.2. Constitución y efectos de las garantías.
 - 7.2.3. Arbitraje comercial internacional.
- 7.3. El Protocolo para aeronaves.
 - 7.3.1. Análisis.
 - 7.3.2. Registro.

- 7.3.3. Derechos y acciones del acreedor garantizado.
- 7.4. El Protocolo para material rodante ferroviario.
 - 7.4.1. Análisis.
 - 7.4.2. Normativas.
- 7.5. El Protocolo para objetos espaciales.
 - 7.5.1. Análisis.
- 7.6. Vigencia.
 - 7.6.1. Estado de las ratificaciones.
- 7.7. CGIBEM y el derecho nacional.
 - 7.7.1. La Convención y sus Protocolos.
- 7.8. Conclusiones.

CAPITULO 8

La Ley Modelo sobre Insolvencia Transnacional

- 8.1. Antecedentes.
- 8.2. Consideraciones generales.
- 8.3. la labor preparatoria y la adopción de la Ley Modelo.
- 8.4. Finalidad de la Guía.
- 8.5. La Ley Modelo como vehículo de armonización del derecho.
- 8.6. Características principales de la Ley Modelo.
 - 8.6.1. Antecedentes.
 - 8.6.2. Integración de la Ley Modelo en el derecho interno.
 - 8.6.3. Ambito de aplicación de la Ley Modelo.
 - 8.6.4. Tipos de procedimientos extranjeros considerados.
 - 8.6.5. Asistencia extranjera par un procedimiento de insolvencia abierto en el estado promulgante.
 - 8.6.6. Acceso del representante extranjero a los tribunales del estado promulgante.
 - 8.6.7. Reconocimiento de un procedimiento extranjero.
- 8.7. Cooperación transfronteriza.
- 8.8. Coordinación de procedimientos paralelos.
- 8.9. Circunstancias para que se aplicable la Ley Modelo.
- 8.10. Cuadro comparativo.

CAPITULO 9

Proyecto de Guía Legislativa sobre las operaciones garantizadas y la Guía legislativa CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia.

- 9.1. Garantías reales. Proyecto de Guía Legislativa sobre las operaciones garantizadas y la Guía legislativa CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia.
- 9.2. Terminología.
- 9.3. Principios generales relativos a las garantías reales en la insolvencia.
- 9.4. Derecho aplicable en los procedimientos de insolvencia sobre la impugnación y anulación.
- 9.5. Efectos de la insolvencia: *lex fori concursus*.
 - 9.5.1. Excepciones a la *lex fori concursus*.
- 9.6. Régimen aplicable a los bienes gravados.

- 9.7. Identificación de los bienes sujetos al procedimiento.
- 9.8. Bienes gravados.
- 9.9. Bienes adquiridos tras la apertura de un procedimiento de insolvencia.
- 9.10. Protección de la masa mediante paralización.
- 9.11. Protección de los acreedores garantizados.
- 9.12. Utilización y enajenación de los bienes gravados.
- 9.13. Financiación posterior a la apertura.
- 9.14. Régimen aplicable a los contratos.
- 9.15. Participación de los acreedores garantizados en procedimientos de insolvencia.
- 9.16. Procedimiento de reorganización.
- 9.17. Régimen aplicable a los créditos garantizados.
- 9.18. Clasificación de los créditos garantizados por grado de prelación.
- 9.19. Operaciones de financiación de adquisiciones.

CONCLUSIONES

ANEXOS

BIBLIOGRAFÍA

PROTOCOLO DE INVESTIGACIÓN 55/B 135

1/01/2008 – 31/12/2009

ALCANCES Y EFECTOS DE LA CONVENCION RELATIVA A GARANTIAS INTERNACIONALES SOBRE BIENES DE EQUIPO MOVIL Y SUS PROTOCOLOS Y DE LA LEY MODELO SOBRE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA SOBRE LA LEGISLACION ARGENTINA Y LA PROMOCION DE INVERSIONES EXTRANJERAS

RESUMEN:

Al inicio del siglo XXI se está incrementando el rol de las instituciones internacionales y el poderío de las empresas transnacionales y de las sociedades constituidas en el extranjero que se incorporan al tráfico mercantil local realizando diversas inversiones.

Para atraer inversiones extranjeras se negocian Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), y a través de ellos el inversor se asegura la protección de sus derechos.

La creación de garantías reales, bancarias o de seguros que respaldan el riesgo empresario y las contingencias que sucedan en el desenvolvimiento de su actividad son reconocidas a nivel nacional e internacional.

En ese contexto, el Instituto Internacional para la Unificación Universal del Derecho Privado (UNIDROIT)¹ está trabajando en la *Convención relativa a Garantías Internacionales sobre Bienes de Equipo Móvil y sus Protocolos*², estableciendo un sistema de garantías de reservas de dominio o de garantías arrendatarias que puedan proporcionarle al acreedor medios de defensa en caso de incumplimiento o insolvencia del deudor.

Asimismo, la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)³ ha elaborado la *Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza*⁴, con una Guía para su incorporación al derecho interno de los Estados.

El conocimiento y comprensión desde el punto de vista jurídico y orgánico de las normas vinculadas a garantías, inversiones extranjeras y procesos de insolvencia nacionales e internacionales, permitirá analizar los alcances y efectos que la *Convención relativa a Garantías Internacionales sobre Bienes de Equipo Móvil y sus Protocolos* y la *Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza*, puedan even-

¹ UNIDROIT es una organización intergubernamental integrada por cincuenta y nueve Estados entre los que se encuentra la República Argentina, cuya misión consiste en estudiar la manera de armonizar y coordinar el Derecho Privado de los estados y preparar gradualmente la adopción de una legislación de derecho privado uniforme a través de la confección de leyes modelo y, en algunas ocasiones, de convenios internacionales.

² Se acompaña en ANEXO.

³ UNCITRAL es un organismo intergubernamental subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas con el mandato general de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional.

⁴ Se acompaña en ANEXO.

tualmente proyectar sobre la legislación argentina y la promoción de inversiones extranjeras directas.

PLAN DE INVESTIGACION ANTECEDENTES

A la luz del reporte de derecho comparado titulado “Regulación internacional de los aspectos de garantías asegurativas en bienes móviles” preparado por Ronald C.C. Cuming de la Universidad de Saskatchewan (Canadá), un reducido grupo de expertos reunido en Roma en marzo de 1992, decidió que sería útil y factible para UNIDROIT preparar reglas internacionales uniformes sobre la seguridad de los derechos que recaen sobre bienes móviles de gran valor que, por su naturaleza intrínseca, habitualmente atraviesan las fronteras nacionales en el curso ordinario de su empleo.

Un grupo de estudio de UNIDROIT presidido por Roy M. Goode (Universidad de Oxford) presentó en 1997 un proyecto preliminar de la *Convención relativa a Garantías Internacionales sobre Bienes de Equipo Móvil*. Posteriormente, en las sesiones conjuntas celebradas por los expertos gubernamentales de UNIDROIT y de la OACI (Organización de Aviación Civil Internacional), se abrió a la firma aquella Convención y el Protocolo concerniente, específicamente, a aeronaves (16 de noviembre de 2001, Ciudad del Cabo, Sudáfrica). El trabajo sobre la convención y este protocolo contaron con el invaluable aporte del Grupo de Trabajo sobre Aviación, IATA (International Air Transport Association) y el International Registry Task Force.

Ulteriormente, el Protocolo de Luxemburgo a la *Convención relativa a Garantías Internacionales sobre Bienes de Equipo Móvil* en lo que respecta específicamente a material rodante ferroviario, fue adoptado y abierto a la firma el 23 de febrero de 2007, bajo el auspicio conjunto de UNIDROIT y la Organización Intergubernamental Internacional para el Transporte Ferroviario (OTIF).

La Convención pretende establecer un marco legal que facilite la creación, perfeccionamiento y refuerzo de las garantías asegurativas, generando confianza a los inversores, sean institucionales o particulares, dentro y fuera del país interesado en el equipamiento, al mismo tiempo, ayudará a atraer capital nacional y extranjero.

Existe material de trabajo sobre la *Convención*, del que se da cuenta en la bibliografía general, pero no se han publicado libros, ni artículos en Revistas Jurídicas Nacionales, por ello se considera que esta investigación será el punto de partida para superar contradicciones o insuficiencias y originará un debate en el ámbito académico universitario y la producción de conocimiento científico.

Respecto a la *Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza*, UNCITRAL 1997, inició este proyecto con la estrecha colaboración de la Asociación Internacional de Profesionales de la Insolvencia (INSOL) y recibió asistencia para la formulación de la Ley del Comité J (Insolvencia) de la Sección de Derecho Empresarial de la Asociación Internacional de Abogados, asumiendo que sólo un reducido número de países disponen de un marco legal para la insolvencia transfronteriza que responda a las necesidades del comercio y de las inversiones extranjeras. Juristas argentinos y extranjeros han escrito sobre el tema y han dado su varorable opinión.

PLANTEO DEL PROBLEMA

El avance científico y tecnológico del planeta ha crecido exponencialmente desde la segunda mitad del siglo XX. Luego de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, el desarrollo de la ciencia, la tecnología, la información, las telecomunicaciones, la informatización y la automatización pasaron a ser factores esenciales para el surgimiento de la “globalización”, que se ha inscripto como un fenómeno de mercado sin límites y como factor clave de la lucha por el poder, y que ha originado la ingente necesidad de llevar adelante numerosos y diversos intentos de armonización y unificación legislativa. De este modo, el derecho internacional está dando a luz nuevas herramientas, que no resultan tan novedosas por la creación de institutos originales como por el hecho de tensar al máximo el esfuerzo por obtener soluciones jurídicas idóneas, aptas para resolver las nuevas situaciones que se producen -o se producirán- en el complejo escenario interactivo del siglo XXI.

A nivel intergubernamental se trabaja con el propósito de consensuar instrumentos jurídicos internacionales que permitan desarrollar emprendimientos de gran envergadura económica con inversión proveniente de capitales privados. Esta tarea se realiza teniendo en cuenta que los Estados no pierdan la posibilidad de monitorear aspectos regulados por el derecho local y de efectuar las reservas que entiendan convenientes a los efectos de preservar su supremacía en la medida en que lo juzguen necesario, frente a esta clase de normas de carácter internacional.

Al inicio del siglo XXI, se observa que la generación de la riqueza en el espacio nacional pasa a depender estrechamente de las expectativas y actividades de agentes económicos de otras regiones del planeta, se está incrementando el rol de las instituciones internacionales y el poderío de las empresas transnacionales productoras de bienes y servicios.

Se advierte la existencia de un número significativo de sociedades constituidas en el extranjero⁵ que se incorporan al tráfico mercantil local realizando diversas inversiones⁶.

Para atraer inversiones extranjeras se negocian Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), y a través de ellos el inversor se asegura la protección contra expropiaciones, eliminación de restricciones a la transferencia de las ganancias a las corporaciones y/o Estados inversores, el trato justo y equitativo, la protección jurídica, la no discriminación respecto a otros inversores extranjeros, el trato no menos favorable que el acordado a los inversores nacionales, el de nación más favorecida y la posibilidad de que los inversores puedan querellar a la Argentina ante Tribunales extraños a la jurisdicción local.

La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, Resolución 3281 (XXIX), aprobada en el ámbito de Naciones Unidas, establece los principios fundamentales de las relaciones económicas internacionales.

El artículo 2, inciso 2º, de la Resolución 3281 afirma que: “Todo Estado tiene el derecho de: a) reglamentar y ejercer autoridad sobre las inversiones extranje-

⁵ Ver Ley 19.550, arts. 118 a 124 y Resoluciones Generales de la Inspección General de Justicia.

⁶ Ver Ley 21.382 y los Tratados Bilaterales de Inversión celebrados con los otros Estados.

ras dentro de su jurisdicción nacional con arreglo a sus leyes y reglamentos y de conformidad con sus objetivos y prioridades nacionales. Ningún estado deberá ser obligado a otorgar un tratamiento preferencial a la inversión extranjera; b) reglamentar y supervisar las actividades de empresas transnacionales que operen dentro de su jurisdicción nacional y adoptar medidas para asegurarse de que esas actividades se ajusten a sus leyes, reglamentos y disposiciones y estén de acuerdo con sus políticas económicas y sociales. Las empresas transnacionales no intervendrán en los asuntos internos del Estado al que acudan. Todo Estado deberá, teniendo en cuenta plenamente sus derechos soberanos, cooperar con otros Estados en el ejercicio del derecho a que se refiere este inciso”.

La creación de garantías reales, bancarias o de seguros que respalden el riesgo empresario y las contingencias que sucedan en el desenvolvimiento de su estructura son reconocidas a nivel nacional e internacional. La regla general indica que todos los bienes que componen el patrimonio del deudor son pasibles de ejecución por sus acreedores en forma individual o colectiva.

Las garantías reales representan la seguridad más fuerte para el acreedor nacional y/o extranjero, ya que afectan y recaen directamente sobre la cosa o cosas cuyo valor pudo apreciar el acreedor en el momento de su constitución permitiendo su persecución y otorgando un derecho de preferencia al cobro.

En ese contexto, la UNIDROIT viene trabajando en la *Convención relativa a Garantías Internacionales sobre Bienes de Equipo Móvil*⁷ y sus Protocolos Complementarios.

La expresión “bienes de equipo móvil” comprende a aeronaves, material rodante ferroviario y artefactos espaciales. Se trata de asegurar la exigibilidad de ciertos derechos de garantía constituidos sobre estos equipos móviles. Las razones económicas subyacentes se relacionan con importantes ahorros en el precio final de las operaciones relacionadas con estos bienes, a partir de una notable reducción del riesgo de cobro frente a un eventual estado de cesación de pagos del deudor. La cuestión, naturalmente, ofrece múltiples aspectos a examinar, por cuanto el convenio enfoca sobre la posible insolvencia del deudor y prevé la concurrencia del acreedor -registrado según sus reglas- en el proceso falencial que corresponda, con arreglo a las leyes aplicables en el país donde éste resulte abierto.

Las reglas tradicionales conflictuales conducen a la aplicación de la *lex rei sitae*, como la regla de derecho que gobierna los derechos de propiedad cuando existe el desplazamiento de un bien mueble de una jurisdicción a otra. Esta regla de derecho ha demostrado ser insuficiente en el caso específico de equipo móvil de alto valor que se desplaza de un estado nacional a otro.

Por ello, se advierte la necesidad de establecer en el ámbito internacional un sistema de garantías de reservas de dominio o de garantías arrendatarias que puedan proporcionarle al acreedor las salvaguardias necesarias y simultáneamente desarrollar medidas de protección del deudor.

La convención introduce los balances necesarios para equilibrar los intereses de acreedores y deudores. Le provee al acreedor de medios de defensa básicos en caso incumplimiento o insolvencia.

⁷ Firmada en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001. Se acompaña en Anexo.

Establece un Registro Electrónico Internacional para el registro de garantías internacionales que puedan proveer a terceros de la información necesaria y al acreedor de la preservación del derecho de prelación en relación a acreedores posteriores aún en caso de insolvencia del deudor.

Asimismo, el panorama que exhibe el régimen concursal argentino para insolvencias transfronterizas está signado por la insuficiencia y la falta de actualización de sus reglas tanto las de fuente internacional como las de fuente interna. Las primeras de ellas siguen siendo las contenidas en el Tratado de Montevideo de 1889 y en el Tratado de Montevideo de 1940. En cuanto a las reglas de fuente interna (art. 2 inc. 2º, art. 3 inc. 5º y art. 4 Ley 24.522) corresponden a concepciones elaboradas en el siglo XIX. Entonces no se tenía en mira el principal problema actual de las insolvencias transfronterizas, pues sólo se miraba al concurso liquidativo (quiebra) para enfocar la cuestión de la distribución de ciertos activos locales dando preferencia a los acreedores locales y discriminando los acreedores extranjeros.

Por ello, se postula la adopción de un régimen moderno y eficiente, que contemple los verdaderos intereses nacionales y los de sus empresas en dificultades, introduciendo reglas que posibiliten la cooperación internacional, el reconocimiento de los procesos concursales y el acceso de los funcionarios y acreedores foráneos a estos últimos, así como el de nuestros funcionarios concursales y acreedores domésticos a los procesos extranjeros.⁸

Con esos fines en mira, y partiendo del análisis de la realidad y experiencias internacionales en esta materia tan reacia a los tratados o convenciones multilaterales, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) más conocida por su sigla UNCITRAL, ha elaborado una *Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza*, con una Guía para su incorporación al derecho interno de los Estados.

Se hace indispensable *indagar si la República Argentina se vería beneficiada con la adopción, en la normativa local, de los principios contenidos en la Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza (UNCITRAL) y con la ratificación de la Convención relativa a Garantías Internacionales sobre Bienes Móviles (UNIDROIT) para la promoción de inversiones extranjeras directas y, en su caso, cuáles son las reservas que deberían efectuarse oportunamente, frente a la eventual incompatibilidad entre las reglas de la Convención y las normas locales sobre insolvencia.*

Aspectos principales del problema:

- Las empresas transnacionales;
- Las sociedades constituidas en el extranjero, Ley 19.550 y Resoluciones Generales de la Inspección General de Justicia;
- Las inversiones extranjeras directas, Ley 21.382 y los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI);
- Los costos de financiación;

⁸ Rouillon, Adolfo A. N., "Cooperación Internacional en materia concursal. La Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Insolvencia Transfronteriza", LL, 2002-D, 998/1009.

- Las garantías en el Derecho Nacional, Regional e Internacional;
- El incumplimiento de obligaciones garantizadas;
- La cesación de pagos;
- La quiebra nacional y transnacional, Ley 24.522.
- La *Convención relativa a Garantías Internacionales sobre Bienes de Equipo Móvil* (UNIDROIT) y la legislación Nacional, Regional e Internacional;
- La *Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza*, (UNCITRAL) y la legislación Nacional, Regional e Internacional;
- Armonización legislativa.

OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION :

Objetivo general

- Identificar la incidencia de la inversión privada en el desarrollo de la actividad comercial y económica de las naciones;
- Inferir si la *Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza* y la *Convención relativa a Garantías Internacionales sobre Bienes Móviles y sus Protocolos* constituyen instrumentos aptos para salvaguardar derechos creditorios y para promover inversiones extranjeras directas;
- Describir el rol que le compete a las organizaciones internacionales y regionales para lograr la armonización legislativa en el ámbito de la actividad comercial y económica.
- Determinar los beneficios para la República Argentina al adoptar un régimen moderno, eficiente y armonizado en el ámbito de las garantías internacionales y en los procesos de insolvencia transfronteriza.

Objetivos particulares

- Identificar a las empresas transnacionales y a las sociedades constituidas en el extranjero;
- Analizar la Ley de Inversiones Extranjeras, Ley 21.382;
- Comparar distintos Tratados Bilaterales de Inversión;
- Establecer la incidencia de las inversiones extranjeras directas en el ámbito nacional, regional e internacional;
- Comparar el alcance de las distintas “garantías” en el Derecho Nacional, Regional e Internacional;
- Determinar los efectos que se producen ante el incumplimiento de obligaciones garantizadas;
- Analizar la normativa nacional, regional e internacional en materia de concursos y quiebras;
- Identificar los efectos de la armonización legislativa promovida en el ámbito de UNIDROIT y UNCITRAL;

- Identificar los efectos de la armonización legislativa en el MERCOSUR;
- Elaborar matrices de datos nominales que indiquen la homogeneidad o heterogeneidad de los valores asignados a las variables en estudio y sus relaciones, a fin de aproximar alguna explicación a las hipótesis planteadas y su contrastación.

MARCO TEÓRICO

Habiéndose realizado una revisión de la documentación y bibliografía sobre el problema planteado es necesario señalar la perspectiva que ofrece la ley 19.550, la ley 21.382, la ley 24.522, los Tratados Bilaterales de Inversión, la *Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza*, la *Convención relativa a Garantías Internacionales sobre Bienes de Equipo Móvil* y otras normas del Derecho Nacional, Regional e Internacional, porque actuarán como referentes para el análisis y contrastación empírica de las hipótesis que se plantearán en el acápite siguiente.

HIPÓTESIS

Si una convención internacional coadyuva a la promoción de inversiones y, por ende, al progreso y desarrollo de los pueblos, entonces la armonización legislativa que permita su aplicación general y pacífica resulta indispensable.

Si un régimen internacional sobre privilegios en materia de insolvencia coadyuva a la seguridad jurídica, entonces será necesario revisar la adecuación de otras normas de derecho comercial al nuevo sistema.

Si las disposiciones de la Ley Modelo y de la Convención son compatibles a la Constitución Nacional, a los principios generales del derecho y al orden público nacional, entonces es conveniente actualizar las normas del Derecho Internacional Privado adaptándolas a la moderna tendencia universal.

VARIABLES:

INVERSIONES EXTRANJERAS;
GARANTIA INTERNACIONAL;
BIENES DE EQUIPO MOVIL;
INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES;
CESACION DE PAGOS;
INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA;
PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA;
PROCEDIMIENTO EXTRANJERO;
PRIVILEGIOS;
TRATADO;
ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL;
DERECHO INTERNACIONAL;
DERECHO DE LA INTEGRACIÓN;

ARMONIZACION LEGISLATIVA;
UNIFORMIDAD LEGISLATIVA.

INVERSIONES EXTRANJERAS: Se entiende por inversión de capital extranjero: a) todo aporte de capital perteneciente a inversores extranjeros aplicado a actividades de índole económica realizadas en el país; b) la adquisición de participaciones en el capital de una empresa local existente, por parte de inversores extranjeros.⁹

GARANTIA INTERNACIONAL: Una garantía internacional sobre elementos de equipo móvil es una garantía sobre un objeto inequívocamente identificable: a) células de aeronaves, motores de aeronaves y helicópteros; b) material rodante ferroviario y c) bienes de equipo espacial. Dada: a) por el otorgante en virtud de un contrato constitutivo de garantía; b) correspondiente a una persona que es el vendedor condicional en virtud de un contrato con reserva de dominio; c) correspondiente a una persona que es el arrendador en virtud de un contrato de arrendamiento.¹⁰

BIENES DE EQUIPO MOVIL: Se entiende por bienes de equipo móvil a un objeto inequívocamente identificable: a) células de aeronaves, motores de aeronaves y helicópteros; b) material rodante ferroviario y c) bienes de equipo espacial.

INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES: “incumplimiento” significa aquello que priva sustancialmente al acreedor de lo que tiene derecho a esperar en virtud del contrato.

CESACION DE PAGOS: el deudor se encuentra en “cesación de pagos” cuando está imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de ellas y las causas que las generan. Se puede definir como “el estado de impotencia para satisfacer con medios regulares (disponibilidades normales o activos corrientes), las obligaciones inmediatamente exigibles (exigibilidades o pasivos corrientes).¹¹

INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA: Existe insolvencia transfronteriza ante la carencia de bienes suficientes del deudor que afecta a acreedores que se encuentran extrafronteras del Estado soberano al que pertenece el deudor.

PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA: Designa quiebra, liquidación u otros procedimientos judiciales o administrativos colectivos, incluyendo procedimientos provisionales, en los que los bienes y negocios del deudor están sujetos al control o la supervisión de un tribunal para los efectos de la reorganización o la liquidación.¹²

PROCEDIMIENTO EXTRANJERO: por “procedimiento extranjero” se entenderá el procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo incluido el de índole provisional, que se siga en un estado extranjero con arreglo a una ley relativa a la insolvencia y en virtud del cual los bienes y negocios del deudor queden sujetos al control o a la supervisión del tribunal extranjeros, a los efectos de su reorganización o liquidación. “Procedimiento extranjero principal” se entenderá el procedimiento

⁹ Ley de inversiones extranjera N 21.382, art. 2.

¹⁰ Convención relativa a Garantías Internacionales sobre Bienes de Equipo Móvil, art. 2.

¹¹ Rouillón, Adolfo A.N., *Régimen de Concursos y quiebras*. Ley 24.522, 15ª edición actualizada y ampliada, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2006.

¹² Convención relativa a Garantías Internacionales sobre Bienes de Equipo Móvil, art. 1. inc. 1), definiciones.

extranjero que se siga en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses.¹³

PRIVILEGIOS: “Privilegio” es la prerrogativa que la ley otorga a ciertos acreedores frente al patrimonio del deudor, según el tipo de crédito.

TRATADO: La Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados dice que: "se entiende por 'tratado' un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular". (art. 2 inc. a).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL: "Las organizaciones internacionales son sujetos derivados, creados por voluntad o acuerdo entre dos o más Estados con fines específicos; por lo tanto, su personalidad debe de ser relativa a los principios - fines para los cuales fue creada".¹⁴

DERECHO INTERNACIONAL: Es "el conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones entre los diversos sujetos del Derecho Internacional a fin de regular la coexistencia y lograr la cooperación entre los mismos con el objeto de promover el desarrollo integral del hombre y la protección del planeta".¹⁵

DERECHO DE LA INTEGRACIÓN: El Derecho de la integración tiene por finalidad concreta reglar un proceso de integración. Estos procesos se estructuran por medio de instrumentos internacionales, los cuales reglan su estructura y funcionamiento, creando órganos o entidades supranacionales o entidades intergubernamentales, que producen a su vez normas jurídicas en el campo de la integración.

ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA: es la coincidencia entre distintos Estados soberanos en la elección de las reglas de conflicto para solucionar los casos de Derecho Internacional Privado manteniendo diversidad legislativa en su derecho sustancial.

UNIFORMIDAD LEGISLATIVA: consiste en la coincidencia entre las distintas legislaciones soberanas de las reglas materiales para solucionar los casos de Derecho Internacional Privado.

METODOLOGÍA

En razón a la aplicación de las técnicas elegidas para instrumentar el método, esta investigación abordará el campo de estudio a través del análisis documental y procederá a la interpretación del discurso.

Las palabras claves serán: “INVERSIONES EXTRANJERAS”, “GARANTÍA INTERNACIONAL”, “BIENES DE EQUIPO MOVIL”, “INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES GARANTIZADAS”, “PROCEDIMIENTOS DE IN-

¹³ Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza, art. 2.

¹⁴ Scaglione Roco, Dante, *Derecho internacional público*, Edición corregida y aumentada, Editorial Estudio, Buenos Aires, 1999, pág. 71.

¹⁵ Scaglione Roco, Dante, *Derecho internacional público*, Edición corregida y aumentada, Editorial Estudio, Buenos Aires, 1999, pág. 19.

SOLVENCIA”, “QUIEBRA”, “PRIVILEGIOS”, “ARMONIZACIÓN”, cómo son planteados estos conceptos en los referentes empíricos que serán abordados.

Del contenido y análisis de los discursos, centrados en esos ejes conceptuales surgirá la presencia o ausencia de rasgos funcionalmente equivalentes los cuales serán objeto de tratamiento.

Para seguir el criterio metodológico señalado se intentará construir una tipología a partir de propiedades cualitativas que se deriven de la vinculación de las variables a utilizar.

Por lo tanto, el análisis de los datos se hará relacionando las variables de forma cualitativa y multivariada intentando elaborar, como ya se dijo, matrices de datos nominales que indiquen la homogeneidad o heterogeneidad de los valores asignados a las variables en estudio y sus relaciones a fin de aproximar alguna explicación a las hipótesis planteadas y su contrastación. Y servirá de base para futuras investigaciones.

PROFUNDIDAD

Descriptiva, interpretativa

NATURALEZA

Documental

Textos de Derecho Constitucional, Derecho Comercial y Económico Nacional e Internacional, Derecho Comunitario y de la Integración.

Constitución Nacional. Leyes nacionales.

Tratados, Convenciones, leyes uniformes.

Otros documentos.

ETAPAS

La investigación se dividirá en etapas consistentes en:

- Relevamiento bibliográfico de distintas bibliotecas;
- Fichaje de libros, artículos y documentos relevados;
- Trabajo de investigación individual;
- Trabajo de discusión y revisión grupal de los temas desarrollados;
- Elaboración de matrices de datos nominales que indiquen la homogeneidad o heterogeneidad de los valores asignados a las variables en estudio y sus relaciones a fin de aproximar alguna explicación a las hipótesis planteadas y su contrastación.
- Elaboración de las conclusiones.

ETAPAS:

JURÍDICO- DESCRIPTIVA: Utilizando el método de análisis, descomponiendo el problema en sus diversos aspectos, estableciendo relaciones y niveles que ofrece una imagen de funcionamiento de distintas instituciones jurídicas.

JURÍDICO - PROPOSITIVA: Cuestionamiento de los aspectos del problema, sus relaciones y niveles.

Indice tentativo

CAPÍTULO 1

Empresas y sociedades comerciales

1.1. Empresas.

1.1.1. Empresas multinacionales.

1.1.2. Empresas transnacionales.

1.2. Las Sociedades Comerciales. Ley 19.550.

1.3. Las sociedades constituidas en el extranjero.

1.2.1. Legislación Nacional.

1.2.2. Tratados Internacionales.

1.2.3. Resoluciones Generales de la Inspección General de Justicia.

CAPITULO 2

Inversiones extranjeras

2.1. Ley 21.382.

2.2. Tratados Bilaterales de Inversión (TBI).

2.3. Comparación entre diferentes Tratados de Inversión.

2.4. La inversión privada en el desarrollo económico y comercial.

CAPITULO 3

Garantías reales y personales

3.1. Clasificación.

3.2. Garantías en el Código Civil.

3.3. Garantías en el Código de Comercio.

3.3. Garantías en la Ley de la Navegación.

3.4. Garantías en el Código Aeronáutico.

3.5. Garantías en el Derecho Regional e Internacional.

CAPITULO 4

Los privilegios

4.1. Principios generales.

4.2. Concepto y naturaleza.

4.3. Los privilegios en el Código Civil.

4.4. Los privilegios en el Código de Comercio.

4.4.1. Ley de la Navegación.

4.4.2. Ley de concursos y quiebras.

4.5. Los privilegios en el Código Aeronáutico

4.6. Los privilegios en el Derecho Regional e Internacional.

CAPITULO 5

La insolvencia transnacional

- 5.1. Régimen en el derecho argentino.
- 5.2. Antecedentes en el derecho comparado.
- 5.3. Régimen en el MERCOSUR
- 5.4. Régimen en la Unión Europea.
- 5.5. Régimen en otras comunidades y mercados comunes.

CAPÍTULO 6

La armonización legislativa.

- 6.1. El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).
- 6.2. La Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (UNCITRAL)

CAPITULO 7

La Convención relativa a Garantías Internacionales sobre Bienes de Equipo Móvil, Ciudad del Cabo 2001 (CGIBEM).

- 7.1. Antecedentes.
- 7.2. Análisis del texto legal.
- 7.3. El Protocolo para aeronaves. Análisis.
- 7.4. El Protocolo para material rodante ferroviario. Análisis.
- 7.5. El Protocolo para objetos espaciales.
- 7.6. Vigencia. Estado de las ratificaciones.
- 7.7. CGIBEM y el derecho nacional.

CAPITULO 8

La Ley Modelo sobre Insolvencia Transnacional

- 8.1. Antecedentes.
- 8.2. Análisis del texto.
- 8.3. Guía para su incorporación en el derecho interno.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

CAPITULO 1

EMPRESAS Y SOCIEDADES COMERCIALES

1.1. LA EMPRESA

La empresa es ante todo una realidad socioeconómica, un organismo productor de riqueza para el país, de salarios para los trabajadores, de beneficios para los empresarios e inversores, y de bienes y servicios para los consumidores y usuarios, resultado de la organización por el empresario de los factores productivos, capital y trabajo.

El inciso 5° del artículo 8 del Código de Comercio, hace referencia a las “empresas” y dice: “*Las empresas de fábricas, comisiones, mandatos comerciales, depósitos o transportes de mercaderías o personas por agua o por tierra*”, son considerados actos de comercio.

1.1.1. CONCEPTO ECONÓMICO Y JURIDICO DE LA EMPRESA

Quizás el primer intento de definir a la empresa de modo completo se debe a Wieland, Karl ¹⁶ para quien “la empresa es aportación de fuerzas económicas — capital y trabajo— para la obtención de una ganancia ilimitada”. Y la mercantilidad de la empresa dependerá de la concurrencia de los siguientes requisitos: a) soportar en forma constante un riesgo de pérdida, el cual se compensa por la expectativa de obtener un beneficio ilimitado; b) contar con una organización conforme a un plan elaborado por el empresario, y c) el cálculo racional del resultado económico perseguido. Cálculo del resultado que, por un lado, es el exponente máximo de la presencia de la organización y del plan, y por el otro, se manifiesta en el cálculo permanente de costos y de precios, como exponente de la racionalización en la explotación de la empresa. ¹⁷

Según Fontanarrosa la empresa es una organización sistemática de actividades y de medios, apta para determinar una serie notable de relaciones jurídicas, y que tiene por objeto suministrar a otros utilidades de naturaleza variada, en la cual el empresario, asumiendo todo riesgo sobre sí, sustituye y elimina con su propio riesgo, el que traería consigo la ordinaria creación o la directa consecuencia de dichas utilidades. En otros términos: “la empresa es acto objetivo de comercio, considerada como organización de actividades, porque su estructura técnico jurídica es apta para desarrollar estable y sistemáticamente (profesionalmente) las operaciones que constituyen su objeto; en tanto que el empresario será comerciante cuando real y efectivamente explote las operaciones de la empresa, haciendo de ello su profesión habitual”. ¹⁸

¹⁶ Farina, Juan M., *Contratos Comerciales Modernos*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1993, ver cita de Wieland en Broseta Pont, Manuel, *La empresa*, p. 90.

¹⁷ Farina, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1993.

¹⁸ Fontanarrosa, Rodolfo O., *Derecho Comercial Argentino. Parte General*, Víctor P. de Zavallía Editor, 1973, p.173.

De una manera más breve, se puede decir que la empresa comercial es la organización funcional y activa de medios, apta para la producción o intercambio de bienes o servicios para el mercado con ánimo de lucro.

El art. 5° de la Ley de Contrato de Trabajo (Ley 20.744), da una definición básicamente similar, pero más amplia: “A los fines de esta ley, se entiende como ‘empresa’ la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos. A los mismos fines, se llama ‘empresario’ a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la ‘empresa’”.

La empresa protagoniza en su seno situaciones de mando, obediencia, aceptación y rechazo de múltiples situaciones de poder (fuertes o atenuadas) que se insertan en el campo de operaciones de un sector del quehacer político; de este modo se detecta la presencia de las empresas en el “mundo político” y su quehacer en él.

Dice Sagüés que la empresa “se relaciona con otros factores de poder y sujetos políticos (el Estado, las demás empresas, los sindicatos, las asociaciones empresariales, las universidades, partidos políticos, etc.) y frente a ellos o junto a ellos adopta actitudes de obediencia, de alianza, de aislamiento, de acuerdo, adhesión, cuestionamiento, objeción, oposición o rechazo. Se somete a las directivas de poder que emanan de los demás protagonistas del mercado político, o las discute. También puede intentar —sola o agrupándose con otras empresas, o con otros grupos y factores de poder— asumir roles de mando y domesticar a los adversarios del momento.

Que la empresa maneje poder e influencia —fenómenos los dos de naturaleza política— generados a menudo (pero no exclusivamente) de su poder económico, constituye una aseveración fuera de toda duda. La empresa controla conductas (las de sus propios integrantes, o del público a quien se dirige, de los gremios con los que trata, de las demás empresas locales o transnacionales con las que puede concertar compromisos, incluso de ciertas autoridades estatales) o influye en ellas. A su turno, ella también es controlada e influenciada, principalmente, por el Estado y otros entes públicos, pero también por los demás sujetos políticos que hemos mencionado: gremios, público, otras empresas (privadas o públicas), etcétera. Tal juego de controles es natural e inevitable, y puede desenvolverse lícita o ilícitamente (conforme o no con el derecho positivo); legítima o ilegítimamente (según responda o no a pautas de justicia)”.¹⁹

Quien contrata con una empresa lo hace basándose en el prestigio que ella tiene en el mercado, en el nombre comercial o en la marca de fábrica, resultándole —o debiendo resultarle— indiferente quién o quiénes son las personas físicas encargadas de trabajar para producir el bien o el servicio por cuenta de la empresa, pues es el empresario quien asume la responsabilidad pertinente.

Referido al intento de los juristas de dar un concepto de empresa, señala Jesús Broseta Pont que éstos suelen adoptar dos posturas distintas que se confunden frecuentemente y que, por lo tanto, conviene distinguir con toda claridad. En primer lugar, se pretende aprehender qué es la empresa en la realidad económica para, ob-

¹⁹ Sagües, Néstor Pedro, “Empresa y derecho constitucional”, ED, 95-844

tenido así su concepto, constituir sobre éste el derecho mercantil. En segundo lugar, se intenta asimilar la naturaleza jurídica de la empresa para resolver los múltiples problemas que ésta plantea en cuanto es objeto del tráfico jurídico. Pero ambas cosas son parcialmente distintas. Por ello conviene diferenciar estos dos enfoques.

Desde el punto de vista económico, la empresa puede definirse como organización instrumental de medios, destinada a la producción o mediación de bienes o servicios para el mercado y que persigue un fin de lucro. Este concepto no sólo comprende los elementos que la integran (materiales, inmateriales y personales), sino que se refiere a la estricta finalidad que justifica su creación: la realización de una actividad económica que consiste, precisamente, en la creación o mediación en el mercado de los bienes o de los servicios con ánimo de lucro.

La empresa es una cédula de la realidad económica compuesta por elementos de la más variada naturaleza, de la cual puede formularse un concepto económico unitario. Al mismo tiempo, el fenómeno económico que denominamos empresa está presente en diversos sectores del ordenamiento positivo, dado que éste no puede dejar sin regulación ninguna parcela de la realidad, y mucho menos a la empresa, que se ha convertido en un factor esencial de la economía moderna.²⁰

Desde el punto de vista jurídico, si partimos de la total unidad del ordenamiento positivo, ¿qué duda cabe de que “toda” la empresa está sometida al derecho? Por tanto, habrá que formular un concepto jurídico de empresa, el cual, en definitiva, procederá del concepto económico. Quienes niegan la posibilidad de alcanzar un concepto jurídico unitario de la empresa parten del equívoco de confundir el concepto con la naturaleza jurídica. En cuanto a la naturaleza jurídica, la empresa no puede encasillarse dentro de ninguna de las categorías elaboradas por la ciencia del derecho (persona jurídica, sociedad, patrimonio separado, etc.)

Pero esto no impide sostener que el derecho regula íntegramente a la empresa como fenómeno económico, de modo que su concepto jurídico coincide necesariamente con el concepto económico. No puede pretenderse un concepto jurídico de espaldas a la realidad, no puede aceptarse que la empresa sea una cosa para la economía y otra total o parcialmente distinta para el derecho.

Si desde un punto de vista económico la empresa es organización instrumental de medios destinada a la producción o intermediación de bienes o de servicios para el mercado, el concepto jurídico de empresa debe coincidir necesariamente con el económico, o sea que, en definitiva —dice Broseta Pont.— el mismo concepto, poseyendo análogo contenido, es válido para el derecho, porque el “concepto jurídico” de los entes o fenómenos de la vida social es simplemente la representación de la realidad que, a efectos de su regulación, acepta el legislador en sus disposiciones normativas. Cuando el legislador se refiere a la empresa, no puede ni debe referirse a cosa distinta de lo que es ésta en la vida social.²¹

1.1.2. EL EMPRESARIO

²⁰ Broseta Pont, Jesús, *La empresa como objeto del tráfico jurídico. Problemas previos*, Valencia 1965, p. 168-169.

²¹ Broseta Pont, Jesús, *La empresa como objeto del tráfico jurídico. Problemas previos*, Valencia 1965, p. 173.

El art. 5° de la Ley de Contrato de Trabajo (Ley 20.744) dice: “A los fines de esta ley, se entiende como ‘empresa’ la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos. A los mismos fines, se llama ‘empresario’ a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la ‘empresa’”.

Hablar de empresa implica hablar del empresario, pues, como lo dispone el art. 5 de la ley 20.744, el empresario mercantil es el sujeto que por sí (o por representantes) realiza en nombre propio y por medio de la empresa una actividad económica que le es jurídicamente imputable. Desde el punto de vista jurídico, el empresario es el elemento básico del derecho mercantil, dado que él es factor de una actividad económica y sujeto activo y pasivo de las relaciones jurídicas que nacen de esta actividad. Para atribuir a un sujeto la condición de empresario mercantil es necesaria la existencia de una actividad organizada como empresa, y que él asuma los riesgos y las consecuencias económicas y jurídicas de su explotación.²²

El empresario provee el capital, tiene la dirección y asume el riesgo económico y la explotación.

1.1.3. LA EMPRESA COMO ADQUIRENTE DE BIENES Y SERVICIOS

La empresa, para funcionar, necesita bienes y servicios, para cuya adquisición debe celebrar los contratos correspondientes con las entidades financieras, con los fabricantes y vendedores de maquinarias, herramientas y demás bienes requeridos para el proceso productivo; con los proveedores de tecnología; con los revendedores, distribuidores o concesionarios; con las empresas de transporte; con las de publicidad, etcétera.

En estas múltiples relaciones contractuales, la empresa adquirente de bienes y servicios se hallará frente a las otras en relación de paridad, de inferioridad o bien de superioridad esto dependerá de su mayor o menor poder de negociación; es decir, cuando, llegado el caso, tenga o no que someterse a las cláusulas predispuestas y a las condiciones de contratación que establece otra parte.²³

1.1.4. LA EMPRESA INTERNACIONAL, MULTINACIONAL, TRANSNACIONAL Y SUPRANACIONAL

Actualmente, muchas empresas han crecido tanto que los mercados nacionales les quedan pequeños, por ello plantean, planifican y desarrollan sus actividades a escala mundial. Hay distintas propuestas de clasificación de un fenómeno tan im-

²² Broseta Pont, Jesús, *La empresa como objeto del tráfico jurídico. Problemas previos*, Valencia 1965, p. 295.

²³ Farina, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1993.

portante y tan característico de nuestra época. Una de la más aceptada es la que distingue cuatro tipos:

- **Empresa Internacional**, con un centro para dirigir la estrategia y las operaciones de penetración en mercados de distintos países. Realiza inversiones directas en los países en los que tiene presencia pero mantiene la independencia entre la gestión de la empresa madre y la establecida en el extranjero.
- **Empresa Multinacional**, practica una inversión directa en el extranjero y considera a las empresas ubicadas fuera de su país de origen como filiales de la matriz. Por ello, las principales operaciones (estrategias, inversión de recursos...) son diseñadas usando criterios de globalidad. La nacionalidad única de la dirección de la empresa, en este caso, se refiere sólo al país de origen de la empresa madre.
- **Empresa Transnacional**, con un mayor grado de internacionalización. La propiedad y la dirección de la empresa matriz corresponden a personas de distintas nacionalidades y las decisiones son adoptadas desde una óptica global.
- **Empresa Supranacional**, desvinculada de cualquier país. No está sujeta jurídicamente a ningún Estado sino que se encuentra sometida a un organismo de carácter internacional al que paga sus impuestos y en cuyo marco jurídico puede circunscribir sus actividades.

Lo cierto es que estas empresas de enormes dimensiones existen en casi todos los países. Son empresas farmacéuticas, informáticas, de alimentación, de ocio, de higiene, etc.

1.1.4.1. LA EMPRESA MULTINACIONAL Y TRANSNACIONAL

En la segunda mitad del siglo XX se han precipitado importantes cambios en el sistema económico. Se advierte la presencia dominante de las empresas transnacionales. Son empresas que producen en más de un país y ganan en importancia relativa frente a las nacionales, las ventas externas globales desplazan a las internas como motor de la acumulación de las empresas.

El proceso de transnacionalización es un fenómeno relativamente nuevo, que conoce una fuerte expansión en la segunda mitad del siglo XX. Sin embargo, en estas escasas décadas ha conocido una gran difusión. Ya está plenamente instalado en la conciencia de la gente el hecho de que vivimos en un mundo transnacionalizado.

Esta operación de las empresas por encima de las fronteras nacionales tiene trascendentales consecuencias sobre la naturaleza, características, comportamiento y efectos de su actividad y justifican su identificación como un agente económico con especificidad propia.²⁵

²⁵ López Rodríguez, Carlos, "Empresas transnacionales y multinacionales", www.derechocomercial.edu.uy

Es indudable que el nacimiento de las empresas multinacionales, tiene su origen en el comercio internacional. Se inicia a fines del siglo XIX, sufre un estancamiento en el período de las dos guerras mundiales y resurge vertiginosamente a partir de la década de los cincuenta.

Se distinguen con precisión los siguientes períodos:²⁶

Desde 1867 hasta 1914: comienzo de las empresas multinacionales, con la instalación en Glasgow de la primera fábrica en el extranjero de la empresa Singer.

Desde 1914 – 1945/ 1950: período de receso y asociación entre las empresas ya existentes, todo esto como consecuencia de la primera y segunda guerra mundial.

Desde 1950 en adelante: expansión explosiva de las multinacionales de origen norteamericano con las características actuales de estas empresas.

Posteriormente en los años sesenta surgimiento de las multinacionales europeas y japonesas. Así como también tenemos que dar gran importancia al surgimiento del fenómeno de la globalización en la década de los ochenta.

La denominación de empresa multinacional es la más usada, sin embargo, se conocen otras denominaciones como: corporaciones, corporaciones mundiales, corporaciones transnacionales, sociedades multinacionales, transnacionales; siendo utilizables todas las combinaciones posibles entre unos y otros.

Ante la invasión mundial de estas gigantes llamadas multinacionales, la salida de una empresa del territorio nacional se puede explicar por distintas razones, pero que siempre constituyen la aplicación de un principio fundamental, la maximización del lucro, ese aumento de las ganancias y el crecimiento sostenido solo puede obtenerse en el mundo actual, con grandes unidades económicas, se produce así el fenómeno de la concentración económica, tanto dentro de los respectivos territorios estatales como a través de varios de ellos.

Cabe preguntarse entonces: ¿Cuáles han sido las causas del desarrollo y evolución de las Empresas Multinacionales?

De la razón general se van a generar varias razones particulares, la primera de ellas es la necesidad de las empresas de aumentar incesantemente su producción, no sólo con el fin último de incrementar el lucro, sino con la finalidad intermedia de reducir los costos unitarios. Por esta y otras razones la empresa se ve obligada a ampliar sus mercados, inclusive creándolos en el extranjero. Tal creación no solo está impuesta por la necesidad o conveniencia de producir y vender más, sino por muchos otros motivos como por ejemplo, seguir a un competidor importante, así como también por razones demográficas, como es el caso en la empresa norteamericana que se ve obligada a multinacionalizarse ya que su mercado nacional se encuentra saturado por lo cual tiende a disminuir demográficamente en proporción a los demás.

Se ha dicho que la necesidad de invertir en el exterior es ofensiva, cuando su motivo es buscar mayores mercados y ganancias, y defensiva cuando se debe al deseo de conservar determinados mercados, o por lo menos determinada parte del mercado total.

²⁶ Rubio García-Mina, Jesús, *Introducción al derecho mercantil*, Madrid, 1989.

Una segunda causa del surgimiento y desarrollo de las multinacionales, se ha atribuido a circunstancias tecnológicas. Existe por tanto una brecha tecnológica, que puede definirse como el monopolio de los conocimientos científicos y técnicos por un reducido número de países altamente desarrollados. Ese monopolio, unido a la función esencial que desempeña la tecnología en la producción y al carácter de las empresas multinacionales como portadoras y trasmisoras de tecnología, caracteriza la moderna economía mundial.

Es así como surge la tesis de la brecha tecnológica, el país o la empresa que detenta una ventaja tecnológica podrá explotarla colocando en el extranjero el o los productos fabricados por ellas, pero esa diferencia tecnológica sólo durará el tiempo que demoren las naciones compradoras en copiar o adquirir la tecnología que les permita fabricar el producto por sí mismas. Por eso, una de las formas de mantener la ventaja tecnológica es la de instalar una fábrica propia en el exterior con lo cual se evita el transferir la licencia, patente o procedimiento a un nuevo socio y eventual competidor.

Una tercera causa del surgimiento y desarrollo de las multinacionales, se encuentra en las llamadas empresas extractivas (industria petrolera, industria del caucho, minería, etc.) son naturalmente multinacionales al tener que instalarse en el territorio donde se encuentran las materias primas que constituyen el objeto de su explotación.

Un cuarto elemento que incide en la instalación de filiales en el extranjero, es las diferencias de costos, especialmente en países donde la mano de obra es sensiblemente mas barata y es precisamente esta causa uno de los problemas que se le presentan al Derecho Laboral, ya que los trabajadores de las empresas filiales casi nunca gozan de los beneficios que poseen los trabajadores de la principal, aún y cuando tengan los mismos derechos; de allí la necesidad de crear una legislación que regule a estos gigantes del comercio internacional.

Una quinta causa la constituye el evitar las barreras arancelarias, y así formar agrupamientos regionales eficaces. Muchas empresas multinacionales se instalan en el extranjero para sortear una barrera arancelaria que impide la exportación tradicional de sus productos, las filiales se consideran un factor determinante para la conquista y conservación de los mercados y además permite obtener ganancias altísimas ya que exportador e importador forman una sola unidad económica, se compra y se vende a sí mismo.

Otro hecho que probablemente contribuya al surgimiento y desarrollo de las multinacionales, estaría constituido por el adelanto de los transportes, las comunicaciones, y la elaboración de datos (Internet). Ello obviamente abrió nuevas perspectivas a la integración de las actividades de cada empresa por encima de fronteras nacionales. En los años recientes se intensificó el proceso de fusiones y compras de empresas. Primero fue impulsado por el proceso de privatizaciones, en el que las empresas compradoras se hicieron cargo de empresas públicas ya instaladas y en funcionamiento; después, las empresas transnacionales compraron en gran escala empresas privadas nacionales. En general, optaron entonces por el medio más rápido para obtener los objetivos de expansión empresarial; en lugar de fundar un nuevo

emprendimiento, se aprovecharon las ventajas ya instaladas, que consisten entre otras, en el conocimiento técnico y de mercados, la utilización de patentes, permisos y licencias, el aprovechamiento de mano de obra capacitada, la utilización de redes de abastecimiento y distribución.

En estudios sobre el tema, se han caracterizado algunos rasgos que provocan que la inversión extranjera directa se haga por compra-fusión o por nuevos emprendimientos. A continuación se enumeran algunos de ellos:

En primer lugar, se ha observado que las empresas con baja intensidad tecnológica prefieren las compras, mientras las que disponen de alta tecnología optan por la creación de empresas;

En segundo término, las firmas inversoras más diversificadas prefieren las compras; también es este el caso de las empresas inversoras más grandes;

Una tercera diferencia es que cuando existe una distancia cultural y económica grande entre el país de origen y el de destino de la inversión, es menos probable una compra. Asimismo, las compras están estimuladas por la subevaluación de las acciones de las empresas. Por otra parte, las empresas transnacionales que ya tienen afiliadas en otro país prefieren expandirse con compras. Debe haber además un conjunto de empresas entre las cuales elegir aquella que se comprará y el crecimiento lento de una industria favorece las compras. En definitiva, las mayores ventajas de las compras son la rápida entrada y el conocimiento del mercado, los sistemas de distribución ya establecidos y los contactos con el gobierno, los proveedores y los clientes.

Todas estas causas de multinacionalización pueden actuar conjunta o separadamente, según circunstancias de tiempo y lugar y, en particular, su influencia será dispar según se trate de una u otro tipo de empresas multinacionales. Pero como se aclaró al comienzo todas estas son causas que derivan de una razón fundamental que es la necesidad de incrementar las ganancias a través de un crecimiento continuo en un esquema de concentración económica.

La multinacional tiene sus raíces en la necesidad del empresario moderno de producir una cantidad siempre mayor de bienes, utilizando las instalaciones industriales y de distribución de modo de reducir costos.²⁷

1.1.4.2. CONCEPTO DE EMPRESA MULTINACIONAL

Cabe destacar que el derecho no se ha ocupado de definir a la empresa multinacional, las elaboraciones doctrinarias son muy pocas, y las jurisprudenciales son casi inexistentes. Esto ha traído como consecuencia que la mayoría de los conceptos sean más económicos que jurídicos.

Ante tal carencia es de vital importancia, la ubicación conceptual de la noción de empresa multinacional. Si tal concepto estuviera regulado legislativamente

²⁷ López Rodríguez, Carlos, "Empresas transnacionales y multinacionales", www.derechocomercial.edu.uy

o estructurado por la doctrina, tales normas y principios podrían servirnos para elaborar la noción jurídica de empresa multinacional y tratar con ello de solucionar los problemas que a su respecto se plantean.

Bien resulta evidente que la especie empresa multinacional pertenece al género “Grupo de Empresas” que ha sido designado también como conjunto económico. Los autores sostienen que la multinacional es un especie de grupo económico es decir, un grupo de empresas con actividad multinacional.

Robinson, define las empresas multinacionales (firmas, conglomerados, corporaciones, transnacionales, etc.). “Un sistema de producción o prestación de servicios, integrado por unidades localizadas en distintos países, que responden a estrategias centralmente planificadas en una casa matriz cuyo control se basa preeminentemente aunque no exclusivamente en la propiedad de todo o parte del capital de las subsidiarias, y que a su vez es poseída y gerencia da por ciudadanos del país donde tal matriz tiene su domicilio.”²⁸

En base a estos conceptos puede decirse que la empresa multinacional reúne dos elementos: el grupo de empresas y la actividad internacional (o en territorios de varios estados) por lo cual las multinacionales no son otra cosa que “un conjunto económico distribuido internacionalmente.”

Pero, ¿qué es un grupo de empresas? Es el conjunto de empresas, formal y aparentemente independientes, que están, sin embargo recíprocamente entrelazadas, al punto de formar un todo complejo pero compacto, en cuanto responde a un mismo interés. De lo anterior se desprende que existe una unidad profunda bajo la pluralidad de personas aparentemente distintas. Por ello el grupo se convierte en definitiva, en la única y verdadera empresa subyacente.

Cabe señalar que el concepto de grupo de empresas, puede y debe ser aplicado para las empresas multinacionales, aun en ausencia de texto legal expreso, ya que así se trata de evitar que mediante el recurso de constituir diferentes personas jurídico-colectivas, se eludan las responsabilidades laborales, ya que al decir que la empresa multinacional es el conjunto económico extendido internacionalmente se permite decir a la vez que la empresa es el conjunto, al tener que establecer si la empresa es la casa matriz o alguna de las filiales, o el conjunto de todas estas, sin duda alguna que la opción correcta es esta ultima.

1.1.4.3. CARACTERES ESENCIALES Y NO ESENCIALES DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES

Concebida la “empresa multinacional”, como un “grupo de empresas” operando en varios territorios nacionales, se pueden distinguir entre los caracteres esenciales, que son aquellos que se dan siempre, necesariamente, en toda empresa multinacional, de los caracteres no esenciales o contingentes, aquellos que si bien es común que existan, no siempre se presentan, indispensablemente, al concepto teórico de empresa multinacional.

²⁸ Robinson, Richard,

1.1.4.3.2. Caracteres Esenciales

1. Pluralidad de componentes: autonomía formal o aparente de los mismos.

Si todo grupo económico es un conjunto de varias empresas o sociedades aparentemente independientes aunque económicamente unidas, también las empresas multinacionales revisten este carácter. Su propia difusión a lo largo y ancho de varios territorios estatales es una de las circunstancias que inciden para que existan fusiones (proceso de concentración) o escisiones (proceso de desconcentración).

La pluralidad en cuestión puede llegar a manifestarse en la existencia de personalidades jurídicas diferentes en cada componente. Cada uno de estos puede ser una empresa o una sociedad, ya que, si bien lo más común es que la empresa multinacional tenga forma societaria nada impide que se componga de una empresa principal que detente varios establecimientos o sucursales dependientes en el extranjero.

Pero esta pluralidad de componentes y esta autonomía de los mismos, es más aparente, o mejor dicho, más formal o puramente estructural, que económica, real o funcional.

2. Relación entre los componentes: subordinación o coordinación:

Aún admitiendo que la empresa multinacional puede estar compuesta de personas jurídicas de alto grado de autonomía, éstas se encuentran íntimamente relacionadas entre sí por un vínculo de coordinación o de subordinación.

En general, esa relación es de subordinación, existiendo un control de la empresa matriz sobre sus filiales.

Se puede definir el control como el vínculo de dominación entre los participantes del grupo, en mérito al cual, uno de ellos adopta una posición dominante sobre los demás, que quedan, en alguna medida, subordinados a aquél.

El control es la posibilidad de una influencia dominante de una empresa sobre otra. Por ello se debe distinguir entre control interno o societario, en el que se utiliza las técnicas previstas por el derecho de las sociedades, es decir, el que se expresa a través de las participaciones accionarias o de otros mecanismos societarios; y el control externo o contractual, que a su vez sería el control de los directores o gerentes, que es el que se derivaría de la coincidencia de los directores de las diversas empresas del grupo o de la dominación ejercida a través de la designación de tales directivos. Esta forma de control no tiene autonomía teórica respecto de las otras, ya que esta dominación personal, se obtiene necesariamente, utilizando un mecanismo societario o un mecanismo contractual.

Por otra parte, la concentración (grupo de empresas) lleva a la configuración del conjunto económico; y el control (dominación) puede existir o no.

3. Unidad Subyacente

Si bien puede verse una empresa en cada uno de los componentes del grupo, éste, a su vez puede ser concebido como una gran empresa; siendo el grupo la expresión de una unidad económica, determinada por la estrecha vinculación (unión) de sus partes componentes, la aparente autonomía de estas partes no podrían (ni deberían) impedir el reconocimiento de tal unidad. La unidad del grupo viene a ser la consecuencia inevitable de su propia conformación, ya que la dispersión internacional implica un nuevo tipo de mando, más descentralizado que el de la empresa común local, pero que en última instancia, queda limitada por la necesaria coherencia que debe mantener la estrategia global del grupo. Entonces, la unidad está dada por el interés o realidad económica subyacente y por la estrategia única de la decisión a la cual se someten las partes integrantes del grupo, sea espontáneamente mediante la colaboración, sea compulsivamente mediante la subordinación. En efecto, existe el riesgo de que la noción de persona jurídica se pueda transformar en una máscara que oculte la verdadera naturaleza del ser y del interés que es su soporte.

Esta evidencia a puesto en crisis la noción de personalidad jurídica y dio lugar a la teoría según la cual el carácter instrumental de la personalidad jurídica admite la posibilidad de que la misma sea apartada o traspasada para alcanzar al sujeto o interés real escondido tras ella, al menos, cuando la personería en cuestión determine una situación no arreglada a derecho.

La Ley 19.550 de sociedades comerciales, regula el instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica o corrimiento del velo societario en el art. 54, que dice: “(...) *Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados*”.

4. Solidaridad

Existe casi un completo acuerdo en postular la solidaridad del grupo por las obligaciones contraídas por cualquiera de los componentes del conjunto.

Sin embargo, estas afirmaciones deben ser objeto de algunas precisiones:

a) no creemos que la solidaridad sea un carácter original de los conceptos grupos de empresas y empresa multinacional. Parece más bien un efecto de los caracteres de la unidad subyacente;

b) no resulta del todo claro que exista una verdadera solidaridad, la que supondría pluralidad de deudores. Por consiguiente no sería una tal solidaridad sino el descubrimiento de un único deudor;

c) mucho se discute si la solidaridad en examen sólo debe actuar como mecanismo defensivo de derechos violados en caso de fraude a la ley o si es una característica permanente emanada del carácter unitario de la única empresa que existe en la realidad. Se puede decir entonces, que más que solidaridad hay deudor único, que ese efecto mal llamado solidario se produce en todos los casos en que la realidad nos impone una empresa única por sobre una multiplicidad de formas jurídicas.

La responsabilidad solidaria constituye, más bien, un efecto de aquella unidad y podría ser representada, no como un caso de solidaridad, sino de deudor único.

5. Actividad Multinacional

La actividad multinacional implica la extensión de la empresa a varios territorios estatales. Este carácter es el elemento distintivo de la empresa multinacional respecto de los grupos nacionales de empresas; es lo que la distingue de otras especies pertenecientes al género “conjunto económico”, lo que por consiguiente, le da especificidad, lo que le da contenido extranacional a las relaciones en que interviene, y lo que, por lo mismo, es pasible de crear dudas y dificultades. De conformidad con este carácter, la multinacional es aquella empresa o grupo de empresas que sitúa su acción a nivel internacional, que extiende su actividad al territorio de varios estados.

Lo que interesa pues, para que una empresa o grupo realice una actividad multinacional (tenga extensión multinacional) es que esté instalada en más de un territorio estatal, que realice negocios en el exterior, a diferencia de la empresa nacional importadora o exportadora que realiza negocios en el exterior.

1.1.4.3.2. Caracteres No Esenciales:

1. La Dimensión

Es decir, el tamaño de la empresa multinacional. Es indudable que casi todas las multinacionales son grandes empresas, ello no tiene que ser necesariamente así desde el punto de vista jurídico. Jurídicamente nada impide que una pequeña o mediana empresa instale un establecimiento en el extranjero, cosa que, si bien excepcionalmente, a veces se da en la realidad fáctica, en las zonas fronterizas. Por otra parte, examinados los criterios cuantitativos que se han propuesto para caracterizar a las empresas multinacionales, éstos se revelan engañosos para el jurista, en cuanto resultan a veces vagos, otras veces demasiado rígidos, a menudo contradictorios y siempre arbitrarios y poco pasibles de ser traducidos jurídicamente.

2. El fin de lucro

Es decir, el desarrollar la actividad comercial o industrial a la obtención de ganancias, lo que se traduce en un carácter esencial a la noción de grupo de empresas, y consecuentemente, al concepto de empresa multinacional. Sin embargo gracias a la previsiones tales o cuales del derecho positivo, se ha reconocido que puede perfectamente, considerarse que sólo la empresa comercial o industrial de fines lucrativos puede constituir un conjunto económico o grupo empresario. Este concepto amplio no atiende a la finalidad lucrativa o no de la empresa, lo que interesa es, es carácter de empleador de la empresa o grupo.

3. Los vínculos con sus modalidades operativas

Entre las cuales se destacan la estrategia global, la diversificación y el comercio cautivo, lo que incluye la sobrefacturación, la subfacturación y algunas particularidades de la transferencia de tecnología.²⁹

1.1.5. CONCENTRACIÓN EMPRESARIA

Los agrupamientos son reflejo de los procesos de concentración empresaria, consecuencia a su vez de la centralización del poder financiero y económico y también de dispersión de los riesgos empresarios.

De modo simplemente enunciativo se pueden mencionar las siguientes causas que dan origen a la concentración empresaria:

- La reducción de los costos de fabricación y comercialización al trabajar en una escala mayor;
- Mayores posibilidades de obtención de crédito al presentar un mayor respaldo;
- Reducción y hasta eventualmente eliminación de la competencia;
- Decisión sobre el precio del mercado, al ocupar un sector importante del mismo;
- Apertura, expansión y diversificación del mercado consumidor;
- Mayor capital destinado al aprovechamiento de adelantos científicos y técnicos.³⁰

La ley 22.903 incorporó en la ley 19.550 a los Contratos de Colaboración Empresaria identificando dos formas contractuales:

- la Agrupación de Colaboración Empresaria (A.C.E.);
- La Unión Transitoria de Empresas (U.T.E.).

Estos contratos de colaboración empresaria no constituyen sociedades ni son sujetos de derecho y pueden ser parte de ellos tanto comerciantes o empresarios individuales, sociedades constituidas en la República Argentina como sociedades constituidas en el extranjero que cumplan con los requisitos del art. 118, tercer párrafo de la Ley 19.550.

1.2. LAS SOCIEDADES COMERCIALES³¹

La Constitución Nacional establece en el artículo 14 el derecho de “asociarse con fines útiles”, la sociedad comercial es una regulación que permite ejercer ese derecho como también ejercer libremente una actividad económica.

²⁹ Duque Bohorquez, Katuska Elimar, “Origen y causas de la evolución de la empresa”, <http://www.gestiopolis.com/recursos/documentos/>

³⁰ Bassani, Carla, “El fenómeno de la concentración empresaria”, Capítulo I, pág.

3.http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/fenomeno_cp1.htm

³¹ Aquino, Sabina – Pérez, Nélica, *Análisis metodológico de la Ley de sociedades Comerciales y Disposiciones Administrativas, CURSO DE DERECHO SOCIETARIO*, 1 edición R y C. Editora, Banfield, 2006, pag. 11 y siguientes.

El art. 1 de la Ley 19.550 (LSC) define a la sociedad comercial diciendo: "Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción e intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas".

La sociedad comercial es una realidad jurídica "que la ley reconoce como medio técnico para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone"³².

La sociedad comercial es un sujeto de derecho, su personalidad societaria y por ende su capacidad ha de tener el alcance que le fija la propia ley de sociedades 19.550 en su artículo 2º que dice: "La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta ley".

Pero también hay que destacar que las sociedades están facultadas para adquirir los derechos que el Código Civil establece en su art. 35: "Las personas jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir los derechos que este Código establece, y ejercer los actos que no les sean prohibidos, por el ministerio de los representantes que sus leyes o estatutos les hubieren constituido".

La capacidad societaria se enfoca primordialmente para la realización del acto de comercio aunque no exclusivamente.

Sin entrar en detalles, se puede decir que además de los actos jurídicos correspondientes al objeto social, la persona jurídica societaria, goza en general de los mismos derechos que los particulares para adquirir bienes, tomar y conservar la posesión de ellos, constituir servidumbres reales, recibir usufructos de las propiedades ajenas, herencias o legados por testamentos, donaciones por actos entre vivos, crear obligaciones o intentar en la medida de su capacidad de derecho, acciones civiles o criminales, (art. 41 C.C.). Del mismo modo puede la sociedad comercial ser demandada por acciones civiles y puede hacerse ejecución de sus bienes, (art. 42 C.C.).

La capacidad de la sociedad comercial está determinada por el objeto social, (art.11, inc.3, LSC).

Conforme al artículo 58 LSC, los administradores sólo la obligan por los actos que no sean extraños a su objeto; sólo tienen capacidad para la realización de su objeto y están limitados por la finalidad perseguida por la sociedad.

1.2.1. NACIONALIDAD DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES

La nacionalidad es el vínculo jurídico político que une a una persona humana con su Nación. La Constitución Nacional establece en el artículo 75 inc. 12 que es atribución del Congreso sancionar: "...leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina ...".

En referencia a las personas jurídicas, nuestro país se enrola en la doctrina de la Extraterritorialidad parcial.

³² Exposición de Motivos de la Ley 19.550, Sección 1.

El sistema de la extraterritorialidad parcial brinda la siguiente solución: “la persona jurídica tiene amplia capacidad, de pleno derecho, para la realización de actos catalogados como de capacidad genérica, en cualquier Estado, bastando para ello que esté de acuerdo en cuanto a su capacidad, forma y existencia con la ley del país de su constitución o domicilio, de acuerdo al punto de conexión que se elija. En cambio, para los actos que hacen a la capacidad específica, debe ajustarse a los requisitos o formalidades que imponga la ley del lugar donde quiera practicarlos, o instalar sucursal o asiento permanente”.³³

La sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y formas por las leyes del lugar de constitución.

1.2.2. LEGISLACIÓN NACIONAL. LEY 19550.

*Sección XV. De la sociedad constituida en el extranjero
Ley aplicable.*

ARTICULO 118. La sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y formas por las leyes del lugar de constitución.

Actos aislados. Se halla habilitada para realizar en el país actos aislados y estar en juicio.

Ejercicio habitual. Para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal asiento o cualquier otra especie de representación permanente, debe:

1) Acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país.

2) Fijar un domicilio en la República, cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por esta ley para las sociedades que se constituyan en la República;

3) Justificar la decisión de crear dicha representación y designar la persona a cuyo cargo ella estará.

Si se tratare de una sucursal se determinará además el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales.

Tipo desconocido.

ARTICULO 119. — El artículo 118 se aplicará a la sociedad constituida en otro Estado bajo un tipo desconocido por las leyes de la República. Corresponde al Juez de la inscripción determinar las formalidades a cumplirse en cada caso, con sujeción al criterio del máximo rigor previsto en la presente ley.

Contabilidad.

ARTICULO 120. — Es obligado para dicha sociedad llevar en la República contabilidad separada y someterse al contralor que corresponda al tipo de sociedad.

Representantes: Responsabilidades.

ARTICULO 121. — El representante de sociedad constituida en el extranjero contrae las mismas responsabilidades que para los administradores prevé esta

³³ Kaller de Orchansky, Berta, Manual de Derecho Internacional Privado, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1979, p. 235.

ley y, en los supuestos de sociedades de tipos no reglamentados, las de los directores de sociedades anónimas.

Emplazamiento en juicio.

ARTICULO 122. — *El emplazamiento a una sociedad constituida en el extranjero puede cumplirse en la República;*

a) *Originándose en un acto aislado, en la persona del apoderado que intervino en el acto o contrato que motive el litigio;*

b) *Si existiere sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación, en la persona del representante.*

Constitución de sociedad.

ARTICULO 123. — *Para constituir sociedad en la República, deberán previamente acreditar ante el juez del Registro que se han constituido de acuerdo con las leyes de sus países respectivos e inscribir su contrato social, reformas y demás documentación habilitante, así como la relativa a sus representantes legales, en el registro Público de Comercio y en el registro Nacional de Sociedades por Acciones en su caso.*

Sociedad con domicilio o principal objeto en la República.

ARTICULO 124. — *La sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento.*

1.2.3. CUESTIONES SOBRE ACTOS AISLADOS

La sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y formas por las leyes del lugar de constitución. Se halla habilitada para realizar en el país actos aislados y estar en juicio, (art. 118 LSC).

Las sociedades constituidas en el extranjero no necesitan de autorización, inscripción o publicidad especial para realizar los “actos aislados” o similares.

Sin embargo la ley 19.550 no los identifica ni a modo de ejemplo a ninguno de los considerados “actos aislados”, razón por lo cual, surge la necesidad de verificar que la calificación de actos “aislados” o similar atribuida a determinadas operaciones por sociedades constituidas en el extranjero, se ajuste a la realidad tanto económica como jurídica

El alcance de la expresión “actos aislados” debe interpretarse con criterio restrictivo.

La habilitación para realizar dichos actos aislados por las sociedades extranjeras en nuestro país se funda en el principio de la extraterritorialidad parcial, que admite que los actos aislados que las sociedades extranjeras puedan realizar como personas jurídicas, emanan de su capacidad como tales.

“El ejercicio de los actos que exteriorizan la capacidad genérica o potencial de una persona jurídica, no requiere que ésta se someta a la ley territorial del Estado donde pretenda actuar, bastará que el representante justifique que existe, es decir que se ha constituido legalmente y lo pruebe con los documentos correspondientes,

para que sea considerada de pleno derecho y con el carácter que reviste, pueda actuar”.³⁴

Los actos considerados como "aislados" pueden tener relevante significación económico-patrimonial, así como operaciones de constitución de derechos reales sobre inmuebles, tales como: adquisiciones de dominio y constitución o cesión de hipotecas, en las cuales el adquirente del dominio o el acreedor hipotecario o su cesionario, es una sociedad constituida en el extranjero. La sociedad extranjera que realice algunos de estos actos autocalificados como “aislados” o similares en el país no requieren entonces, de la registración ante la IGJ, pero eventualmente la sociedad extranjera, podrá estar en juicio a consecuencias de estas operaciones y negocios que realice por medio de su representante.

Diferentes fallos judiciales han considerado la inoponibilidad de la actuación de la sociedad constituida en el extranjero no inscripta y la consiguiente falta de posibilidad de reclamo de derechos emergentes de actos celebrados en infracción al régimen de publicidad aplicable a la actuación habitual.

1.2.4. CUESTIONES SOBRE LA REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD EXTRANJERA EN EL PAÍS

La última parte del mencionado art.118 LSC habilita a las sociedades constituidas en el extranjero para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal asiento o cualquier otra especie de representación permanente.

Las sociedades extranjeras, que deseen instalar una **sucursal** en nuestro país deben, designar el representante legal a cuyo cargo estará a cargo la representación o sucursal.

El art. 121 LSC dice: *“El representante de sociedad constituida en el extranjero contrae las mismas responsabilidades que para los administradores prevé esta ley y, en los supuestos de sociedades de tipos no reglamentados, las de los directores de sociedades anónimas”*.

En este punto, se pueden repasar algunas de las normas que establece la ley 19.550 vinculadas a los administradores y representantes legales de las sociedades.

En el art.58 LSC *“El administrador o el representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social.*

Este régimen se aplica aun en infracción de la organización plural, si se tratare de obligaciones contraídas mediante títulos valores, por contratos entre ausentes, de adhesión o concluidos mediante formularios, salvo cuando el tercero tuviere conocimiento efectivo de que el acto se celebra en infracción de la representación plural”.

Estas facultades legales de los administradores o representantes respecto de los terceros no afectan la validez interna de las restricciones contractuales y la responsabilidad por su infracción y en cuanto a la diligencia del administrador y su responsabilidad.

³⁴ Kaller de Orchansky, Berta, “Las Sociedades Comerciales”, L.L:147-1207

El art.59 LSC dice que: *“Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”*.

Por lo tanto, el representante de la sociedad extranjera, tiene las mismas responsabilidades que prevé la Ley de Sociedades, para los administradores de los distintos tipos sociales del país.

La Ley regula, que en caso de renuncia de un administrador, es necesario que la misma no afecte el normal funcionamiento regular del Órgano de Administración y a su vez que la renuncia no sea dolosa ni intempestiva. La renuncia del representante de la sociedad extranjera que actúa en el país se regula también por el art. 259. LSC: *“El directorio deberá aceptar la renuncia del director, en la primera reunión que celebre después de presentada siempre que no afectare su funcionamiento regular y no fuere dolosa o intempestiva, lo que deberá constar en el acta pertinente. De lo contrario, el renunciante debe continuar en funciones hasta tanto la próxima asamblea se pronuncie”*.

En caso que el renunciante sea el único representante legal de la sociedad extranjera, con la registración de su cese o renuncia, deberá inscribirse a su reemplazante, ya que de lo contrario, la sociedad estaría incumpliendo la obligación que le imponen las normas antes citadas. Dicha renuncia, deberá ser aceptada por el órgano competente de la sociedad extranjera y mientras tanto el representante renunciante no podrá quedar formalmente desvinculado de dicha sociedad. (Resolución de la I.G.J. N° 001060)

1.2.5. LAS SOCIEDADES Y EMPRESAS MULTINACIONALES

Las sociedades o empresas multinacionales, o según la denominación utilizada por las Naciones Unidas, las “Corporaciones Internacionales” son conglomerados económicos poseedores de cuantiosos recursos financieros y tecnológicos, que operan o controlan activos (fábricas, minas, servicios, oficinas de ventas y otras) en diversos países receptores.

Las casas matrices están en países desarrollados y sus “filiales” en países subdesarrollados o en vías de desarrollo.

Eduardo M. Favier Dubois (pater) utiliza la siguiente terminología para referirse a distintas sociedades o empresas: “a) **internacionales**: denominación genérica aplicada a las empresas que sin desplazarse de su país de origen actúan en el exterior mediante agentes, representantes o sucursales, sin ocultar su condición de extranjeras sobre la base de los principios de la extraterritorialidad; b) **multinacionales**: son las que, originadas en un país (home country), actúan simultáneamente en muchos otros (host countries), formando una sola realidad o conjunto económico, con un solo interés y una sola estructura de decisión, que conservan los nacionales del país de origen, operan bajo formas jurídicas múltiples, a veces como filiales o sociedades en apariencia independientes, incluso como “nacionales” del país receptor, siendo necesario aplicar alguno de los criterios establecidos para determinar su nacionalidad; c) **transnacionales**: constituyen una variedad de las anteriores, cuyos objetivos y decisiones carecen de inspiración nacional y forman una especie

de “imperio privado” conspirando a veces, contra los intereses del propio país de origen; d) **supranacionales**: creadas a iniciativa o bajo el régimen y control de los países miembros de una comunidad o región económica, tales como las propiciadas en el marco de las Comunidades Económica Europea o Latinoamericana; e) cabe citar aquí a las Sociedades Anónimas denominadas “off shore” previstas por la ley 11073 del Uruguay, cuyo objeto es la inversión en el extranjero, teniendo sumamente restringida su actuación en su propio país”.³⁵

1.2.6. DISPOSICIONES NORMATIVAS DE LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA

La I.G.J. dictó las siguientes resoluciones vinculadas al tema de las sociedades constituidas en el extranjero y off shore:

R.G. 7/2003 exige que las sociedades off shore que soliciten su inscripción informen sobre sus actividades en el país de origen;

R.G. 8/2003 crea un Registro de Actos aislados de estas sociedades;

R.G. 9/2003 amplía el alcance de la R.G. 7/2003;

R.G. 12/2003 establece los procedimientos y requisitos de adecuación al derecho argentino de las sociedades constituidas en el extranjero;

R.G. 22/2004 habilitó la posibilidad de que las denominadas sociedades “vehículo” pudieran inscribirse a los efectos de los artículos 118 y 123 de la Ley 19550 sin cumplir ellas con la normativa pertinente de la resolución 7/2003;

R.G. 25/2004 que regula los aportes irrevocables para evitar el fraude contable;

R.G. 2/2005 dispone el rechazo de la inscripción en el Registro Público de Comercio de sociedades constituidas en el extranjero que carezcan de capacidad y legitimación para actuar en el territorio del lugar de su creación en el desarrollo de su propia actividad, y establece un criterio restrictivo para las sociedades provenientes de jurisdicciones consideradas de baja o nula tributación;

R.G. 3/2005; establece un sistema de publicidad para la registración y funcionamiento de este tipo de sociedades;

R.G. 7/2005 unifica las resoluciones anteriores y establece un nuevo Reglamento Único con el objeto de sustituir a las Normas de 1980.

R.G. 12/2006 modifica la R.G. 7/2005 sobre aportes irrevocables.

R.G. 2/ 2007 modifica el art. 62 y el art. 356 Anexo A de la R.G. 7/2005.

R.G. 4/2007 se refiere a las sociedades extranjeras según art. 206, 220 y concordantes de la R.G. 7/ 2005, se pone en vigencia a partir del 1 de enero de 2008.

R.G. 5/2007 regula el Procedimiento Registral Societario, vinculado a los Registros Nacionales aludidos es el art. 1 de la Ley 26.047.

³⁵ Favier Dubois , Eduardo M. (pater) “Sociedades Multinacionales” en Negri, Carlos María y Colaboradores, *Tratado teórico- práctico de Instituciones de Derecho Privado y de Derecho Económico*, Ediciones Macchi, Buenos Aires- Bogotá- Caracas – Mexico DF, 2000, pág. 472.

Las resoluciones de IGJ están orientadas a ejercer el poder de policía sobre el tráfico mercantil, la fiscalización y el control de la legalidad y a prevenir el fraude y la simulación.

1.2.7. TRATADOS INTERNACIONALES

1.2.7.1. Tratados de Montevideo de 1889

1.2.7.1.1. Tratado de Derecho Internacional Civil de las Personas

ARTÍCULO 1- La capacidad de las personas se rige por las leyes de su domicilio.

ARTICULO 2- El cambio de domicilio no altera la capacidad adquirida por emancipación, mayor de edad o habitación jurídica.

ARTICULO 3- El Estado en el carácter de persona jurídica, tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones en el territorio de otro Estado, de conformidad a las leyes de este último.

ARTÍCULO 4- La existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado, se rige por las leyes del país en el cual han sido reconocidas como tales.

El carácter que revisten las habilita plenamente para ejercitar fuera del lugar de su institución, todas las acciones y derechos que les correspondan. Mas, para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intenten realizar dichos actos.

1.2.7.1.2. Tratado de Derecho Comercial Internacional

De las sociedades

ARTICULO 4 – El contrato social se rige, tanto en su forma como respecto a las relaciones jurídicas entre los socios, y entre la sociedad y los terceros, por la ley del país en que ésta tiene su domicilio comercial.

ARTICULO 5 – las sociedades o asociaciones que tengan carácter de persona jurídica, se registrarán por las leyes del país de su domicilio; serán reconocidas de pleno derecho como tales en los Estados, y hábiles para ejercitar en ellas deberes civiles y gestionar su reconocimiento ante los tribunales.

Más para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas en el Estado en el cual intentan realizarlos.

ARTICULO 6 – Las sucursales o agencias constituidas en un Estado por una sociedad radicada en otro, se considerarán domiciliadas en el lugar en que funcionan y sujetas a la jurisdicción de las autoridades locales en lo concerniente a las operaciones que practiquen.

ARTICULO 7 – Los jueces del país en que la sociedad tiene su domicilio legal, son competentes para conocer los litigios que surjan entre los socios o que

inicien los terceros contra la sociedad. Sin embargo, si una sociedad domiciliada en un Estado realiza operaciones en otro, que den mérito a controversias judiciales, podrá ser demandada ante los tribunales del último.

1.2.7.2. Tratados de Montevideo de 1940

1.2.7.2.1. Reformas introducidas al Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889

ARTICULO 1- La existencia, el estado y la capacidad de las personas físicas, se rigen por la ley de su domicilio. No se reconocerá incapacidad de carácter penal, ni tampoco por razones de religión, raza, nacionalidad u opinión.

ARTICULO 2 – El cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida.

ARTICULO 3 – Los Estados y las demás personas jurídicas de derecho público extranjeros, podrán ejercer su capacidad en el territorio de otro Estado, de conformidad con las leyes de este último.

ARTICULO 4 – La existencia y la capacidad de las personas jurídicas de carácter privado, se rigen por las leyes del país de su domicilio.

El carácter que revisten las habilita plenamente para ejercitar fuera del lugar de su constitución todas las acciones y derechos que les correspondan.

Mas, para el ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intente realizar dichos actos.

La misma regla se aplicará a las sociedades civiles.

1.2.7.2.2. Reformas introducidas al Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889

De las sociedades

ARTICULO 6- La ley del domicilio comercial rige la calidad del documento que requiere el contrato de sociedad.

Los requisitos de forma del contrato se rigen por la ley del lugar de su celebración.

Las formas de publicidad quedan sujetas a lo que determine cada Estado.

ARTICULO 7 – El contenido del contrato social; las relaciones jurídicas entre los socios, entre éstos y la sociedad; y entre la misma y terceros, se rigen por la ley del Estado en donde la sociedad tiene domicilio comercial.

ARTICULO 8 – Las sociedades mercantiles se registrarán por las leyes del Estado de su domicilio comercial; serán reconocidos de pleno derecho en los otros Estados contratantes y se reputarán hábiles para ejercer actos de comercio y comparecer en juicio. Más, para el ejercicio habitual de los actos comprendidos en el objeto de su institución se sujetarán a las prescripciones establecidas por las leyes del Estado en el cual intenta realizarlos.

Los representantes de dichas sociedades contraen para con terceros las mismas responsabilidades que los administradores de las sociedades locales.

ARTICULO 9 – Las sociedades o corporaciones constituidas en un Estado bajo una especie desconocida por las leyes de otro, pueden ejercer en este último actos de comercio, sujetándose a las prescripciones locales.

ARTICULO 10 – Las condiciones legales de emisión o de negociación de acciones o títulos de obligaciones de las sociedades comerciales, se rigen por la ley del Estado en donde esas emisiones o negociaciones se llevan a efecto.

ARTICULO 11- Los jueces del Estado en donde la sociedad tiene su domicilio, son competentes para conocer de los litigios que surjan entre los socios en su carácter de tales, o que inicien los terceros contra la sociedad.

Sin embargo, si una sociedad domiciliada en un Estado realiza en otro operaciones que den mérito a controversias judiciales, podrá ser demandada ante los jueces o tribunales del segundo.

1.2.7.3. CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONERÍA JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES, ASOCIACIONES Y FUNDACIONES EXTRANJERAS. LA HAYA – 1959 (Ley 24.409)³⁶

ARTICULO 1 – La personería jurídica adquirida por una sociedad, una asociación o una fundación, en virtud de la legislación del Estado contratante en el que han sido cumplidas las formalidades de registro o de publicidad y en el que se encuentra su sede estatutaria, será reconocida de pleno derecho en los otros países contratantes, siempre que implique, además de la capacidad para promover acción judicial, por lo menos la capacidad de poseer bienes y de concluir contratos y otros actos jurídicos.

La personería jurídica adquirida sin las formalidades de registro o de publicidad, será reconocida de pleno derecho, bajo las mismas condiciones, si la sociedad, la asociación o la fundación hubiere sido constituida de conformidad con la legislación que la rige.

ARTICULO 2 – La personería jurídica adquirida conforme a las disposiciones del art. 1, podrá no ser reconocida en otro Estado Contratante cuya legislación tome en consideración la sede real, si esa sede es considerada como encontrándose en su territorio.

La personería podrá no ser reconocida en otro Estado Contratante cuya legislación tome en consideración la sede real, si esa sede es considerada allí como encontrándose en un Estado cuya legislación la toma igualmente en consideración.

La sociedad, la asociación o la fundación será considerada como teniendo su sede real en el lugar en que haya establecido su administración central.

Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no serán aplicables si la sociedad, la asociación o la fundación traslada, dentro de un plazo razonable, su sede real a un Estado que concede la personería sin tener en cuenta a esa sede.

³⁶ Se transcriben solamente los artículos vinculados al reconocimiento de la personería de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras.

ARTICULO 3 – La continuidad de la personería será reconocida en todos los Estados contratantes, en caso de traslado de la sede estatutaria de uno a otro Estado Contratante, si esa personería es reconocida en ambos Estados interesados.

Las disposiciones de los apartados. 1 y 2 del art. 2 no serán aplicables si la sociedad, la asociación o la fundación traslada su sede estatutaria al Estado de sede real dentro de un plazo razonable.

ARTICULO 4 – La fusión entre sociedades, asociaciones o fundaciones, que hayan adquirido la personería en el mismo Estado Contratante, que se produzca en ese Estado, será reconocida en los otros Estados Contratantes.

La fusión de una sociedad, una asociación o una fundación que haya obtenido la personería en uno de los Estados Contratantes, con una sociedad, una asociación o una fundación que haya obtenido la personería en otro Estado Contratante, será reconocida en todos los Estados contratantes en caso de que ésta sea reconocida en los Estados interesados.

ARTICULO 5 – El reconocimiento de la personería jurídica implica la capacidad que le atribuye la ley en virtud de la cual ésta ha sido adquirida.

No obstante, podrán ser denegados los derechos que la ley del Estado de reconocimiento no concede a las sociedades, a las asociaciones y a las fundaciones de tipo equivalente.

El Estado de reconocimiento podrá también reglamentar el alcance de la capacidad de poseer bienes en su territorio.

La personería implicará en todos los casos, capacidad para la acción judicial; tanto en calidad de demandante como de demandado, de conformidad con la legislación del territorio.

ARTICULO 6 – Las sociedades, las asociaciones y las fundaciones a las que la ley las rige no concede la personería, tendrán en el territorio de los otros Estados Contratantes, la situación jurídica que les reconoce esta ley, especialmente en lo que se refiere a la capacidad para promover acción judicial y la relación con los acreedores.

Estas no podrán pretender tener un tratamiento jurídico más favorable en los otros Estados Contratantes, aun cuando reúnan todas las condiciones que garantizan en esos Estados el Beneficio de la personería.

Sin embargo, les podrán ser denegados los derechos que la legislación de esos Estados no concede a las sociedades, a las asociaciones y a las fundaciones de tipo equivalente.

Estos Estados podrán también reglamentar el alcance de la capacidad de poseer bienes en su territorio.

ARTICULO 7 – La aprobación para el establecimiento, el funcionamiento y en general del ejercicio permanente de la actividad social se regirá en el territorio del Estado de reconocimiento por la ley de ese Estado.

ARTICULO 8- En cada uno de los Estados Contratantes, la aplicación de las disposiciones de la presente convención podrán ser rechazadas por motivos de orden público. (...)

1.2.7.4. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE CONFLICTOS DE LEYES EN MATERIA DE SOCIEDADES COMERCIALES. CIDIP II – 1979³⁷

ARTICULO 1- La presente convención se aplicará a las sociedades mercantiles constituidas en cualquiera de los Estados partes.

ARTICULO 2 – la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles se rigen por la ley del lugar de su constitución.

Por “ley del lugar de constitución” se entiende la del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas sociedades.

ARTICULO 3- Las sociedades mercantiles debidamente constituidas en un Estado, serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados.

El reconocimiento de pleno derecho no excluye la facultad del Estado para exigir comprobación de la existencia de la sociedad conforme a la ley del lugar de su constitución.

En ningún caso, la capacidad reconocida a las sociedades constituidas en un Estado podrá ser mayor que la capacidad que la ley del Estado de reconocimiento otorgue a las sociedades constituidas en este último.

ARTICULO 4 – Para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en el objeto social de las sociedades mercantiles, éstas quedarán sujetas a la ley del Estado donde los realizaren.

La misma ley se aplicará al control que una sociedad mercantil, que ejerza el comercio en un Estado, obtenga sobre una sociedad constituida en otro Estado.

ARTICULO 5 – Las sociedades constituidas en un Estado que pretendan establecer la sede efectiva de su administración central en otro Estado, podrán ser obligadas a cumplir con los requisitos establecidos en la legislación de éste último.

ARTICULO 6 – Las sociedades mercantiles constituidas en un Estado, para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en su objeto social, quedarán sujetas a los órganos jurisdiccionales del Estado donde los realizaren.

ARTICULO 7 – La ley declarada aplicable por esta convención podrá no ser aplicada en el territorio del Estado que la considere manifiestamente contraria a su orden público. (...)

1.2.8. SOCIEDADES CONTROLADAS Y VINCULADAS

El art. 33 de la ley de sociedades comerciales dice:

“Sociedades controladas. Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controladas:

- 1) posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias;*

³⁷ Se transcriben solamente los artículos vinculados a las sociedades mercantiles.

- 2) *ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades.*

Sociedades vinculadas. *Se consideran sociedades vinculadas, a los efectos de la sección IX de este capítulo, cuando una participa en más del 10% del capital de otra.*

La sociedad que participe en más del 25% del capital de otra, deberá comunicárselo a fin de que su próxima asamblea ordinaria tome conocimiento del hecho”.

1.3. LA ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA

La armonización legislativa tomando en cuenta los Tratados existentes (Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889, Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940, CIDIP II de Montevideo de 1979) se traduce en:

- a) el punto de conexión debería ser el lugar de constitución;
- b) la calificación de este punto de conexión indicará como tal el del Estado donde se han cumplido los requisitos de forma y fondo para acceder a la personalidad jurídica.³⁸

1.4. EL ORDEN PÚBLICO

Los Estados cuentan con diversos caminos para evitar que se agredan los principios básicos que inspiran su propia legislación. Uno de ellos consiste en el dictado de leyes, de ciertas reglas que deberán ser aplicables en todo caso, contenga o no elementos extranjeros. Se está ante las denominadas leyes de policía, leyes de aplicación inmediata, normas locales internacionalmente imperativas.³⁹

El orden público puede ser definido “como el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento dado”.⁴⁰

1.5. EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

La doctrina más autorizada ha expresado con precisión “que el denominado orden público internacional, es en definitiva, el orden público del foro, es el conjunto de principios fundamentales e inderogables por voluntad de las partes, en que se asienta el orden jurídico local y que el juez que entiende en la causa debe invocar

³⁸ Orchansky, Berta K. De, “Como lograr, fácilmente, la armonización de las legislaciones sobre sociedades mercantiles en los países del Mercosur”, ED, 151, 867

³⁹ Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, “El orden Público Internacional: Una nueva mirada desde el derecho internacional privado contemporáneo. ElDial.com

⁴⁰ Fernández Rozas, J. y Sánchez Lorenzo, Sixto, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Civitas, madrid, Espana, 1933, citado por Sara Lidia Feldstein de Cárdenas, “El orden público internacional: Una nueva mirada desde el derecho internacional privado contemporáneo”. elDial.com

y utilizar para excluir la aplicación de un derecho extranjero (...) que resulta lesivos a tales principios”.⁴¹

Al orden público internacional se arriba a través de la regla de conflicto, donde la ley extranjera es desplazada por ofender gravemente al derecho del juez.

La cuestión del orden público internacional, sin perjuicio de las convenciones internacionales que han sido ratificadas por la República Argentina, se encuentra fundamentalmente legislada en el sistema de derecho internacional privado de fuente interna en el artículo 14 del Código Civil Argentino, que establece:

“Las leyes extranjeras no serán aplicables:

1) Cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la República, a la religión del Estado, a la tolerancia de cultos, a la moral y a las buenas costumbres;

2) Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este Código;

3) Cuando fueren de mero privilegio...”

1.6. EL ORDEN PÚBLICO TRANSNACIONAL

En palabras de la Dra. Sara L. Feldstein de Cárdenas “en 1952 la doctrina más prestigiosa ya había vislumbrado que además del orden público internacional, existía lo que según una concepción había dado en llamar “el orden público internacional de la sociedad internacional constituido por las reglas del derecho de gentes y los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.

La noción encierra la idea que habría un conjunto de principios universalmente reconocidos, no pertenecientes a ningún derecho estadual individualmente considerado. Ciertamente esta concepción se encuentra íntimamente vinculada con la tendencia que considera que en el ámbito de los negocios internacionales existe una suerte de tercer orden jurídico, distinto del nacional y del internacional, llamado derecho transnacional, derecho anacional, o sencillamente como “lex mercatoria”. Para sus defensores, entre los que desde ya anticipamos a nuestro lector no nos hallamos, el orden público transnacional está dado por el conjunto de principios morales universalmente reconocidos en todas las áreas, con singular latitud, especialmente en materia de negocios internacionales. Si bien se trata de un orden que operaría tanto en el ámbito de los tribunales estatales, es precisamente en los procedimientos arbitrales donde afirman sus partidarios, adquiere un brillo especial”.⁴²

1.7. PRINCIPIOS DEL BANCO MUNDIAL PARA SISTEMAS EFECTIVOS DE INSOLVENCIA Y DE DERECHOS DE LOS ACREEDORES

El Banco Mundial a través de “*los principios*” sugiere que deben establecerse estándares mínimos de transparencia y administración societaria a fin de pro-

⁴¹ Kaller de Orchansky, Berta, *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1991, pág. 356.

⁴² Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, “El orden Público Internacional: Una nueva mirada desde el derecho internacional privado contemporáneo. ElDial.com

mover la comunicación y cooperación. A los efectos de la sana evaluación del riesgo se recomienda la divulgación de la información básica, que incluye: estados financieros, estadísticas operativas y flujos de caja detallados.

Los estándares de contabilidad y de auditoría deben ser compatibles con las mejores prácticas internacionales para que los acreedores puedan evaluar el riesgo crediticio y controlar la viabilidad financiera de un deudor. Es necesario contar con un marco legal y un proceso judicial predecible y confiable con el objeto de implementar reformas, asegurar el tratamiento equitativo de todas las partes e impedir las prácticas inaceptables. La legislación de sociedades y sus normas reglamentarias deben orientar la conducta de los accionistas de las entidades tomadoras de crédito.

El directorio de una empresa debe ser responsable e independiente de la administración gerencial, y estar sujeto a rendición de cuentas de la gestión, según las mejores prácticas de la administración societaria. La ley debe imponerse de manera imparcial y coherentemente. Los sistemas de insolvencia y de derechos de los acreedores interactúan y están afectados por estos sistemas adicionales, y son más efectivos cuando se adoptan las buenas prácticas en otros aspectos importantes del sistema legal, particularmente en el derecho comercial.

La transparencia y la buena administración societaria constituyen los pilares de un sistema de crédito y de un sector societario o corporativo sólidos. La transparencia existe cuando la información recopilada se pone a disposición de otras partes en forma inmediata y, cuando sumada a la buena conducta de los “ciudadanos corporativos”⁴³, crea un entorno informado y comunicativo propicio para una mayor cooperación entre todas las partes. La transparencia y la administración societaria son especialmente importantes en los mercados emergentes, más sensibles a la volatilidad causada por factores externos. Sin transparencia, las probabilidades de que el precio de los préstamos no refleje los riesgos subyacentes son mayores; esta situación da lugar a tasas de interés más elevadas y otros costos. La transparencia y la administración societaria sólida son necesarias, tanto en las transacciones nacionales como en las transfronterizas y en todas las fases de la inversión: al comienzo, cuando se concede un préstamo, cuando se maneja el riesgo mientras el préstamo se encuentra pendiente de pago y, especialmente, una vez que las dificultades financieras del tomador resultan evidentes y el prestamista trata de cancelar el préstamo.

Los prestamistas exigen confianza para su inversión, y la confianza puede brindarse sólo mediante un monitoreo progresivo, ya sea antes o durante una reestructuración o después de la implementación de un plan de reorganización.

La transparencia incrementa la confianza en la toma de decisiones, fomentando de esta manera la utilización de alternativas de reestructuración extrajudiciales. Existe preferencia por dichas opciones porque a menudo proveen a los prestamistas mayores recuperos que la liquidación directa mediante el proceso legal y porque evitan los costos, complejidades e incertidumbres del proceso legal.

En muchos países en desarrollo resulta difícil obtener datos confiables para lograr una evaluación de riesgo exhaustiva. De hecho, la obtención de la cantidad y

⁴³ *Nota de Traducción:* “ciudadanos corporativos” es literal traducción de la expresión, entre comillas en el original inglés, “*corporate citizens*”.

calidad de la información exigida en los países industrializados puede ser muy costosa. Aun así, deben realizarse esfuerzos para incrementar la transparencia.

CAPÍTULO 2

INVERSIONES EXTRANJERAS

2.1. TEORÍAS

En relación al impacto de la inversión extranjera en los países receptores de la misma se ha generado un importante debate en el cual se han encontrado las más variadas posiciones. El conflicto se concentra básicamente entre dos posiciones extremas que se encuentran representadas por la teoría clásica que considera a la inversión extranjera totalmente beneficiosa para los países que la reciben, mientras que la otra mantiene que al menos que el Estado receptor pueda escapar de la creación de una relación de dependencia, será imposible para éste alcanzar el objetivo de desarrollo económico por este medio.

2.1.1. TEORÍA CLÁSICA

La teoría económica clásica toma la posición de la total conveniencia para el país receptor de la inversión extranjera. Los partidarios de esta posición explican el hecho de que el ingreso de capital extranjero permite la disponibilidad de capital doméstico para ser orientado hacia otras tareas necesarias para el beneficio del público. El inversionista extranjero coloca en el estado receptor no tan sólo el capital, sino también nuevas tecnologías; al tiempo que crea nuevas fuentes de empleo que son adiestradas en nuevas técnicas y habilidades, a los fines de facilitar un mayor flujo de capitales desde de los países desarrollados hacía los países menos desarrollados o en desarrollo.

Estas ventajas son negadas por quienes sostienen que la inversión extranjera representa un importante obstáculo para las inversiones nacionales, las cuales ven reducido el campo de oportunidades donde sea posible competir. Asimismo, argumentan que el capital exportado a través de la repatriación de utilidades es mucho mayor que el inicialmente invertido. Se señala que la tecnología importada se encuentra por lo general desactualizada. En relación a las nuevas habilidades y técnicas adquiridas por el personal contratado en el país receptor, lo consideran como una creencia enteramente ilusoria, debido a que el entrenamiento que se considera de cierto valor estratégico para la empresa es reservado a ciertos niveles donde la confidencia debe ser garantizada. Estas, entre otras afirmaciones como las relacionadas con una pobre distribución de los beneficios de la inversión foránea que son tan solo alcanzados por una pequeña élite del estado receptor, han servido para sostener que los beneficios generalmente atribuidos a la inversión extranjera están fundamentados en asunciones totalmente refutables.

2.1.2. TEORÍA DE LA DEPENDENCIA

Esta posición considera que la inversión extranjera no puede ser considerada como generadora de un significativo proceso de desarrollo económico en ningún país. Esta posición se fundamenta en el hecho de que la mayor parte de las inversio-

nes de origen foráneo son realizadas por corporaciones multinacionales, las cuales tienen sus centros de decisión localizados en países desarrollados y operan a través de subsidiarias en los países en desarrollo, lo cual acarrea como resultado el que toda la estructura de la corporación, este orientada a servir a los intereses de sus accionistas.

Bajo este esquema, los países desarrollados constituyen lo que se ha definido como las economías centrales del mundo, mientras que los países en desarrollo vienen a ser lo que se ha denominado como economías periféricas, las cuales sirven a los intereses de las economías centrales de los países de origen de estas multinacionales. Asimismo, se sostiene que en este esquema el desarrollo de las economías periféricas es imposible al menos que se logre romper la relación de dependencia existente con las economías centrales a través de la inversión extranjera. En esta posición el desarrollo económico es entendido no como el ingreso de recursos, sino más bien en términos de la distribución de la riqueza entre los nacionales del estado receptor. El desarrollo es entendido más como un derecho de la gente, no del estado.

2.1.3. TEORÍA ECLÉCTICA

En el momento actual la economía de mercado se impone mediante el proceso de apertura y globalización económica, las teorías contrarias a la iniciativa privada y el libre flujo de inversionistas han ido también perdiendo presencia en el contexto actual.

La Comisión de las Naciones Unidas sobre Corporaciones Transnacionales ha producido una serie de estudios que demuestran que las corporaciones multinacionales pueden ser importantes motores para el desarrollo, pero así mismo han establecido la posibilidad de que estas produzcan resultados indeseables bajo ciertas circunstancias.

Los efectos positivos identificados eran similares a aquellos que soportaban a la teoría clásica sobre la inversión extranjera. Al mismo tiempo estos estudios identificaban una serie de efectos indeseables a la inversión extranjera, realizándose un serio esfuerzo para identificar de forma precisa aquellos tipos de actividades desarrolladas por las corporaciones multilaterales que podían ser perjudiciales para la economía de los países receptores de inversión.

La identificación de estas variables tuvo como resultado un importante esfuerzo destinado a la creación de los “códigos de conducta para las corporaciones multinacionales”, los cuales no han sido generalmente aceptados como principios de derecho internacional. Algunos de los efectos indeseables de la inversión extranjera que estos estudiosos han identificado incluyen prácticas asociadas con la transferencia de tecnología y a la naturaleza de las tecnologías exportadas tras haber sido consideradas peligrosas o en desuso.

La influencia que esta teoría ecléctica tiene sobre los actuales sistemas de regulación de la inversión extranjera es significativa. Muchos países desarrollados han establecido en forma creciente marcos regulatorios dirigidos a excluir aquellas inversiones extranjeras percibidas como indeseables. Es posible decir que el efecto más importante de esta nueva teoría es el hecho de considerar a la inversión extran-

jera como una materia que debe ser protegida sobre las base selectiva que dependen del beneficio que esta sea capaz de brindar a los estados receptores en la promoción de sus propios objetivos económicos, lo cual ha permitido a su vez una aproximación más pragmática a la inversión extranjera.

Ante el actual proceso de apertura y globalización de la economía, se hace cada vez más evidente un paradigma que si bien nunca dejó de ser cierto, en algún momento fue ampliamente discutido: el mundo es económicamente interdependiente. La independencia y el aislacionismo económico constituyen posturas descartadas en el actual contexto de la realidad internacional. El paradigma de la interdependencia económica se ha impuesto como una necesidad a fin de constituir una nueva realidad más justa y más humana, en el mundo cada vez más pequeño. Esta es una realidad en la cual están conscientes los tratadistas que escriben desde países pobres o en vías de desarrollo como los que lo hacen desde de la perspectivas de economías desarrolladas como la de los Estados Unidos de América.

2.2. LEY DE INVERSIONES EXTRANJERAS. Ley 21.382

La ley de inversiones extranjeras se sancionó en 1976. B.O. 19/8/76.

El Texto ordenado fue aprobado como anexo I del Decreto 1853/1993.

El art. 1 le otorga al inversor extranjero los mismos derechos que la Constitución y las leyes acuerdan a los inversores nacionales.

Se entiende por inversión de capital extranjero:

“a) Todo aporte de capital perteneciente a inversores extranjeros aplicado a actividades de índole económica realizadas en el país.

b) La adquisición de participaciones en el capital de una empresa local existente, por parte de inversores extranjeros”. (art. 2)

Se entiende por inversor extranjero:

Toda persona física o jurídica domiciliada fuera del territorio nacional, titular de una inversión de capital extranjero, y las empresas locales de capital extranjero cuando sean inversoras en otras empresas locales, (art. 2).

El art. 3 del Decreto 1853/93 B.O. 8/9/93 dice que *“el concepto de inversor extranjero incluye a las personas físicas o jurídicas argentinas con domicilio fuera del territorio nacional”.*

Es considerada empresa local de capital extranjero: *“Toda empresa domiciliada en el territorio de la República, en el cual personas físicas o jurídica domiciliadas fuera de él, sean propietarias directa o indirectamente de más del 49% del capital y cuenten directa o indirectamente con la cantidad de votos necesarios para prevalecer en las asambleas de accionistas o reuniones de socios”.* (art. 2)

Es considerada empresa local de capital nacional: *“Toda empresa domiciliada en el territorio de la República, en la cual personas físicas o jurídicas también domiciliadas en él, sean propietarias directa o indirectamente de no menos del 51% del capital y cuenten directa o indirectamente con la cantidad de votos necesarios para prevalecer en laas asambleas de accionistas o reuniones de socios”.* (art. 2)

Conforme expresa el art. 3 de la ley 21.382: “*La inversión extranjera podrá efectuarse en:*

1. *Moneda extranjera de libre convertibilidad.*
2. *Bienes de capital, sus repuestos y accesorio.*
3. *Utilidades o capital en moneda nacional pertenecientes a inversores extranjeros, siempre que se encuentren legalmente en condiciones de ser transferidos al exterior.*
4. *Capitalización de créditos externos en moneda extranjera de libre convertibilidad.*
5. *Bienes inmateriales, de acuerdo con la legislación específica.*
6. *Otras formas de aporte que se contemplen en regímenes especiales o de promoción”.*

Los inversores extranjeros podrán transferir al exterior las utilidades líquidas y realizadas provenientes de sus inversiones, así como repatriar su inversión y podrán utilizar cualquiera de las formas jurídicas de organización previstas por la legislación nacional.

2.3. CONCEPTO DE INVERSION EXTRANJERA DIRECTA (IED)⁴⁴

Las transacciones financieras entre residentes y no residentes que constituyen la inversión financiera internacional, se clasifican - para su registro en el balance de pagos - en cuatro categorías: inversión directa, inversión de cartera, otras inversiones y activos de reserva.

La inversión directa es la categoría de inversión internacional que refleja el objetivo, por parte de una entidad residente de una economía (inversor directo), de obtener una participación duradera en una empresa residente de otra economía (empresa de inversión directa). El concepto de participación duradera implica la existencia de una relación a largo plazo entre el inversor directo y la empresa y un grado significativo de influencia del inversor en la dirección de la empresa. Estas características son las que establecen la diferencia entre la inversión directa y en cartera para las transacciones de participación de capital. A los fines prácticos, se acepta internacionalmente la tenencia de al menos el 10% del capital de la sociedad como un indicador de la relación de inversión directa. La inversión directa comprende no sólo la transacción inicial que establece la relación entre el inversor y la empresa sino también todas las transacciones que tengan lugar posteriormente entre ellos.

Las empresas de inversión directa son las filiales (el inversor extranjero es propietario de más del 50% de la misma), las asociadas (el inversor posee el 50% o menos) y las sucursales (empresas no constituidas en sociedad de propiedad total del inversor extranjero), sobre las que el inversor no residente tiene participación directa o indirecta. La relación de la inversión directa se hace extensiva a las filiales de la empresa de IED y a las asociadas a la misma.

⁴⁴ Chudnovsky, Daniel – López, Andrés, “La inversión extranjera en Argentina durante los años noventa”, ICE Relaciones Económicas UE_- América latina, Abril 2003, Número 806.

El balance de pagos intenta reflejar a valor de mercado los flujos de capital y las rentas asociadas correspondientes a las transacciones con el inversor directo. En este sentido, computa como flujos de capital de inversión directa la suma de los aportes de capital en bienes tangibles e intangibles, los créditos y deudas entre el inversor directo y las empresas de inversión directa, la reinversión de utilidades y las transferencias accionarias o de participaciones de capital realizadas entre un residente y un no residente.

La renta de la inversión directa es la renta que devenga el inversor directo no residente por la propiedad de capital de inversión directa en una empresa ubicada en otra economía y se mide por el resultado corriente de sus operaciones, deducidos los impuestos sobre la renta o sobre las sociedades que la empresa deba pagar. Se sigue este principio porque se considera que los impuestos son pagados por la empresa, y no por sus propietarios. El resultado corriente de las operaciones de la empresa, significa que no se incluyen las ganancias o pérdidas de capital por tenencias realizadas o no realizadas debido a variaciones de valoración, la depreciación de factores intangibles, las ganancias o pérdidas por la enajenación de activos o pasivos, ni las ganancias o pérdidas cambiarias.

El valor de mercado constituye, en principio, la base de valoración de los flujos y tenencias en las cuentas internacionales. No obstante, se admite que en la práctica suelen utilizarse los valores contabilizados en los balances de las empresas de inversión directa para determinar el valor de los flujos y la posición de inversión directa. Esto se debe a que los valores que figuran en el balance de la empresa representan, generalmente, la única fuente disponible de valoración de activos y pasivos en la mayoría de los países.

Es conveniente aclarar que el concepto de "Inversión Extranjera Directa" es una categoría de financiamiento internacional del balance de pagos y difiere de la "inversión de las empresas" y de la "inversión en cuentas nacionales".

El concepto de "inversión de las empresas" se refiere a la formación de activos físicos y financieros para la empresa como un ente individual, lo que no siempre se corresponde con un flujo de IED.

La IED es una de las posibles fuentes de recursos para la inversión en capital físico de un país y no alude necesariamente a la inversión física que realizan las empresas de IED. Estas últimas, además de financiarse con el uso de ahorro externo bajo la forma de inversión directa, en cartera y/o deuda, pueden financiarse localmente.

Así, el financiamiento de los proyectos de inversión anunciados por empresas pertenecientes a no residentes (empresas de IED), tiene su correlato en un registro en el balance de pagos si su financiamiento se realiza con aportes de capital del inversor directo, deuda con empresas vinculadas, reinversión de utilidades y/o colocaciones de acciones en la bolsa o deuda en el exterior. Los tres primeros casos se registran como flujo de IED y el último, como flujo de inversión de cartera o deuda, según corresponda. Si la fuente de financiamiento es local (créditos bancarios, colocaciones de títulos en el país, colocaciones de acciones a residentes, reinversiones de utilidades de residentes), no corresponde su registro en el balance de pagos.

Por último, el concepto de "inversión" de las cuentas nacionales mide la formación bruta de capital físico en la economía, que tampoco necesariamente se

corresponde con el concepto de IED. Por ejemplo, hay ingresos que se registran como IED en el balance de pagos que no varían la inversión física de la economía, como cuando un inversor no residente compra una empresa residente (en el balance de pagos se registra el ingreso de financiamiento como IED mientras que la inversión en la economía no se altera).⁴⁵

La inversión extranjera puede tener impactos de diversa índole. En términos de los indicadores macroeconómicos más importantes es esperable que tenga efectos expansivos sobre el producto bruto y opere a través de los mecanismos multiplicadores. A su vez –y en forma directa- impacta sobre el flujo de inversión bruta interna. De manera indirecta, afecta el balance comercial mediante dos vías: a) incrementando la importación de insumos y bienes de capital para la instalación de las nuevas unidades productivas y la ampliación de las existentes, y b) incrementando las exportaciones en los casos en que se trate de proyectos de inversión orientados hacia la exportación. En muchos casos del grado de maduración de los proyectos de inversión dependerá que su contribución a inclinar la balanza comercial hacia uno u otro lado.

Por su parte, la inversión extranjera también tiene impactos en otras cuentas de la balanza de pagos además de la comercial. Básicamente, su incidencia puede apreciarse en la cuenta capital bajo la forma de flujos de Inversión Extranjera Directa, y –dentro de la cuenta corriente- en los servicios financieros correspondientes al crédito internacional (incluyendo el intrafirma) y a las remesas de utilidades y dividendos.

2.4. LA INVERSION EXTRANJERA EN LA ARGENTINA

La inversión de las empresas extranjeras ha jugado un papel destacado en la formación de capital en la Argentina. A principios del siglo XX la inversión extranjera era particularmente importante en el sector de infraestructura, con una fuerte presencia de capitales ingleses. En los años '30 la Argentina absorbe alrededor de un 12% de la inversión inglesa en el exterior. Ya desde la década de 1920 comienzan a ser predominantes los flujos de inversión provenientes de los Estados Unidos. A fines de los '50 y principios de los '60 una nueva oleada de inversiones extranjeras contribuye a desarrollar actividades tales como la automotriz, el petróleo y la petroquímica. Hacia fines de la década del '60 las inversiones extranjeras están asociadas al desarrollo de sectores productores de insumos difundidos.

Sin embargo, este rol no ha sido ejercido en forma constante ya que los flujos de inversión directa desde el exterior estuvieron influidos por los vaivenes de la economía mundial y los propios de la Argentina. En particular, los desequilibrios macroeconómicos y las crisis recurrentes de balance de pagos, unidos a legislaciones cambiantes y - en muchos casos- restrictivas para la entrada de capital desde el exterior y a contextos políticos altamente inestables, ocasionaron durante muchos períodos una retracción de la inversión de las firmas extranjeras. Finalmente, la dé-

⁴⁵ Chudnovsky, Daniel – López, Andrés, “La inversión extranjera en Argentina durante los años noventa”, ICE Relaciones Económicas UE_- América latina, Abril 2003, Número 806.

cada del ochenta, dada la alta inestabilidad macroeconómica y la crisis de la deuda y las elevadas tasas de interés, estuvo signada por una reversión de los flujos de inversión extranjera, tanto directa como de cartera.⁴⁶, situación que cambió radicalmente en los últimos años.

2.5. DETERMINANTES Y FACTORES DE LA IED

Los factores determinantes para recibir flujos de IED son económicos, políticos y empresariales. Los factores políticos o empresariales pueden analizarse a nivel país, pero sin embargo los factores económicos son distintos de acuerdo al sector al que se dirija la inversión.

DETERMINANTES EN EL PAIS RECEPTOR:

- I. Políticas económicas
 - Estabilidad económica, política y social,
 - Respeto a las reglas de entrada y operación de las empresas,
 - Estructura y función de los mercados,
 - Tratados de inversión y de comercio,
 - Política de privatización,
 - Política comercial,
 - Política impositiva.
- II. Determinantes económicos
 - Búsqueda de mercados,
 - Búsqueda de recursos y activos,
 - Búsqueda de eficiencia.
- III. Incentivos para realizar inversiones
 - Promoción a la inversión (publicidad, generación de grupos de negocios, servicios que faciliten la inversión),
 - Incentivos a la inversión,
 - Otros costos (relativos a corrupción, eficiencia, administrativos, etc.),
 - Nivel cultural,
 - Calidad de los servicios.⁴⁷

Los factores internos y externos que pueden influir en las IED de las corporaciones transnacionales (CTS) y en las fusiones y adquisiciones son:

- I. Factores internos

⁴⁶ Giussani, Luis Alberto – L'hopital, María Fernanda, "La inversión directa en Argentina" 1992-2002, Dirección Nacional de Cuentas Internacionales, trabajo realizado por el grupo de trabajo de Inversión directa bajo la supervisión de Beatriz López y Marcelo Gabriel Dinenzon

⁴⁷ Fuente: WORDL INVESTMENT REPORT, 2003, citado por Giussani, Luis Alberto – L'hopital, María Fernanda, "La inversión directa en Argentina" 1992-2002, Dirección Nacional de Cuentas Internacionales, trabajo realizado por el grupo de trabajo de Inversión directa bajo la supervisión de Beatriz López y Marcelo Gabriel Dinenzon

- Política interna,
 - Acuerdos productivos,
 - Estrategias empresariales.
- II. Factores externos
- Estrategias de las empresas transnacionales,
 - Tendencias mundiales,
 - Globalización,
- Política de los Organismos Internacionales.⁴⁸

2.6. BENEFICIOS Y RIESGOS DE LAS IED

2.6.1. BENEFICIOS DE LAS IED

Los beneficios de las inversiones extranjeras directas (IED) son:

- generar nuevas fuentes de trabajo;
- innovación tecnológica;
- gestión eficaz;
- capacitación.

2.6.2. RIESGOS DE LAS IED

Las empresas inversoras pueden obtener beneficios pero también asumen riesgos, entre ellos:

- Inestabilidad de las normas jurídicas y de la política económica;
- Incertidumbre respecto a la repatriación de capitales y dividendos;
- Nacionalizaciones y expropiaciones;
- Incumplimiento de los contratos;
- Riesgos de conflictos armados, etc.

2.7. TRATADOS BILATERALES DE PROTECCION RECIPROCA DE INVERSIONES

Para atraer inversiones extranjeras, ofrecer a los inversores reglas claras y priorizar el principio "*pacta sunt servanda*", el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) comenzó a negociar Tratados Bilaterales de Inversión (TBI).

A través de éstos el inversor se asegura la protección contra expropiaciones, eliminación de restricciones a la transferencia de las ganancias a las corporaciones y/o Estados inversores, el trato justo y equitativo, la protección y seguridad jurídica, la no discriminación respecto a otros inversores extranjeros, el trato no menos favorable que el acordado a los inversores nacionales, el de nación más favorecida y la posibilidad de que los inversores puedan querellar a la Argentina ante Tribunales extraños a la jurisdicción local.

⁴⁸ Kulfas, Matías, "Características de la inversión extranjera en la década del 90", CEP Centro de estudios para la producción. Secretaría de Industria, Comercio y Minería.

Los Tratados Bilaterales aprobados por la Argentina mediante leyes del Congreso, establecen en general, que: *“Toda controversia relativa a las inversiones entre una parte contratante y un inversor de la otra parte contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia (...) Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en determinado término, será sometida, a instancia del inversor, a las jurisdicciones nacionales de la parte contratante implicada en la controversia, o bien al arbitraje internacional”*.⁴⁹

2.8. CLAUSULAS COMUNES EN LOS TRATADOS DE INVERSIÓN

En general, se establecen cláusulas:

- **“paraguas”o “umbrella”**: son las que protegen las inversiones realizadas y las obligaciones asumidas por el Estado receptor;
- **protectoras**: son las que garantizan el status quo de la legislación vigente en el país receptor de la inversión al momento de realizarla;
- **de intangibilidad**: significa que las cláusulas de los contratos no serán modificadas unilateralmente;
- **de estabilización**: por ellas el Estado receptor acuerda en congelar la legislación vigente al tiempo de realizarse la inversión;
- **de defensa contra nacionalización o expropiación**: por ejemplo el art. 5 del TBI celebrado con Italia dice que tales medidas sólo podrá tomarlas el Estado cuando: *“1. las medidas respondan a imperativos de utilidad pública, de seguridad o interés nacional; 2. que sean adoptadas según el debido proceso legal; 3. que no sean discriminatorias ni contrarias al compromiso contraído; 4. que estén acompañadas de disposiciones que prevean el pago de una indemnización adecuada, efectiva y sin demora”*.
- **Repatriación de utilidades y de la inversión**: implica la libre transferencia de los fondos necesarios para el reembolso de los préstamos contraídos en el exterior para mantener la estructura de financiación de la inversión o la inversión misma,
- **Solución de controversias**: puede consistir en consultas amistosas a través de los canales diplomáticos, elección de los tribunales competentes del Estado receptor (estableciendo un plazo razonable para la solución del conflicto y si no existe decisión habilitar otro medio); y el arbitraje internacional (procedimiento cuyo laudo es definitivo, inapelable y obligatorio a partir de la notificación a las partes).

La protección se amplía cuando el Estado se obliga a resarcir al inversor por los daños causados por conflictos armados, estados de emergencia u otros acontecimientos político-económicos asimilables.

⁴⁹ Anzoátegui, Nancy, “Inversiones extranjeras. Tratado sobre promoción y protección recíproca de inversiones”, Revista del colegio Público de Abogados de la Capital Federal, N° 86, septiembre-octubre 2005, pág. 42.

2.9. PRINCIPIOS BASICOS INCORPORADOS EN LOS TRATADOS DE INVERSIÓN

Conseguir una posición que consagre los principios únicos de las inversiones extranjeras, es de arduo trabajo pues son muchos los principios que se contemplan.

En los tratados bilaterales de inversión se establece como principio general la NO DISCRIMINACIÓN: en casi todos los tratados multilaterales o bilaterales de inversión se encuentra presente el principio de “no discriminación” a favor de los inversionistas de la otra parte Contratante. Este principio tiene como finalidad evitar toda medida que impida la administración, mantenimiento, uso, disfrute o la disposición de las inversiones realizadas por los inversionistas de una de las Partes Contratantes.

Como ha sido señalado anteriormente, un tratamiento diferenciado entre inversionistas nacionales y extranjeros o entre inversionistas extranjeros provenientes de diferentes Estados, no constituye por sí mismo actuación violatoria de principio alguno del Derecho Internacional. Para que un tratamiento dado a un inversionista extranjero sea considerado como un acto discriminatorio deben producirse dos condiciones básicas fundamentadas: el resultado del acto y la intención de alcanzar tal resultado, o sea, la primera, se refiere a que el acto en sí mismo tenga como resultado un daño al inversionista extranjero; y la segunda se refiere a que el acto debe ser ejecutado con la intención de infligir tal daño al inversionista. En este sentido, se constituiría como una medida discriminatoria, por ejemplo, aquella dirigida a reducir o socavar las condiciones bajo las cuales es tratada la inversión de un inversionista o un grupo de inversionistas en razón de su nacionalidad.

En algunos tratados, como es el caso de los celebrados por los Estados Unidos, es común combinar el principio de no discriminación con el del trato justo y equitativo en una misma cláusula.

El desarrollo de esta cláusula contiene en sí el establecimiento de los principios de la aplicación de un trato justo y equitativo, la protección y seguridad plena, la prohibición del trato arbitrario o discriminatorio dirigido al limitar los derechos de los inversionistas de la otra parte contratante.

Otros de los derechos que consagran los tratados bilaterales de inversión es el principio de TRATO NACIONAL: este principio es recogido por todos los TBI y casi todos los tratados multilaterales de inversión. Este principio está prescrito por aquella parte de los acuerdos de inversión que establece la necesidad de cada estado contratante conceda un tratamiento no menos favorable que el que concede a las inversiones de sus propios nacionales.

Como sucede con otros aspectos de los TBI es común encontrar distintas formas de interpretación para este principio, así también son comunes sus limitaciones. Es así como distintos tratados establecen que el principio del trato nacional será aplicado cuando el inversionista extranjero y nacional se encuentren en idéntica o similar situación o en tales situaciones, asimismo, se emplean condicionantes tales como aquellas dirigidas a limitar su aplicación a inversiones similares o a inversionistas son similares actividades económicas, lo que va limitando y haciendo cada vez más difícil la aplicación de la cláusula.

TRATO JUSTO Y EQUITATIVO: en el sentido de que ninguna inversión o inversionista internacional puede ser objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias que obstaculicen su mantenimiento, gestión, utilización, ampliación, venta o liquidación, todo ello de acuerdo a las normas y criterios del derecho internacional.

TRATO MÁS FAVORABLE: los inversionistas internacionales tienen derecho a recibir un trato tan favorable como el otorgado a cualquier inversionista, siempre y cuando este trato más favorable no se corresponda con la reserva de determinados sectores al estado o a inversionistas nacionales, o a un tratamiento más favorable derivado de acuerdos de integración económica, sobre doble tributación u otras cuestiones de naturaleza impositiva.

Las reglas económicas en el mundo globalizado se van modificando y generando nuevas formas de instrumentación, como acuerdos bilaterales, regionales y multilaterales de inversiones extranjeras como fuente de financiamiento para que los gobiernos las incorporen a sus políticas de crecimiento.

“A través de los tiempos, las inversiones extranjeras fueron modificándose. En la etapa de la industrialización por sustitución de importaciones se transforma el intercambio de productos por el de insumos. En la actual etapa de globalización de la producción, se busca la articulación planetaria, lo que conduce a que las corporaciones internacionales desplacen sus inversiones a los distintos países. Para garantizar el modo de acumulación, despliegan su influencia sobre las políticas de los pueblos; y ante la necesidad de permanecer insertos en el escenario económico mundial, los gobiernos resignan soberanía e intereses nacionales”.⁵⁰

Es importante destacar que no basta con que un país tenga recursos naturales, mano de obra barata o mercados atractivos para que se produzca la inversión extranjera. Pues es necesario que las firmas que inviertan en él sean propietarias de ciertas técnicas, habilidades y recursos que a otras firmas no les sea fácil obtener.

Esto, sin embargo, tampoco es suficiente para explicar las inversiones extranjeras. Hace falta también, que las firmas obtengan beneficios de llevar a cabo por sí mismas estas actividades en otros países y que estos beneficios de venderle o alquilarle sus ventajas privadas a firmas locales. De no darse esta última condición, gran parte de las inversiones serían sustituidas por relaciones contractuales entre firmas compradoras y firmas vendedoras dependientes entre sí.

Se trata de visualizar tres componentes comparándolos entre sí, en base a las distintas modalidades de producción internacional que conllevan las inversiones extranjeras:

- a) la importancia de diferenciar los tres tipos de inversiones extranjeras, ya que con cada tipo varían los elementos centrales a considerar y las conclusiones.
- b) Es obvio que una política pública general sobre inversiones y empresas extranjeras tendrá efectos diferenciales sobre distintos tipos de empresas extranjeras, ya que éstas probablemente tendrán diferentes motivos, características, incentivos y consecuencias en relación al país.

⁵⁰ Anzoategui, Nancy T., “Inversiones extranjeras. Tratado sobre promoción y protección recíproca de inversiones”, Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, septiembre-octubre 2005, pág. 42.

c) Puede darse una fragmentación del fenómeno, sin proveer esquema conceptual que permita una integración rigurosa y más general de los distintos elementos teóricos de los que hace uso. De esta manera, el esquema corre el peligro de ser abrumado por la multiplicidad y variedad de casos especiales, cuya incorporación al enfoque lo transformarían en un modelo casuístico y particular.

2.10. CLAUSULAS Y PRINCIPIOS INCORPORADOS EN LOS TRATADOS FIRMADOS POR LA REPUBLICA ARGENTINA

2.10.1. CLÁUSULA PARAGUAS

Las “cláusulas paraguas” o “*umbrella clause*” incorporadas en los TBI sirven de protección de las inversiones realizadas y de las obligaciones contractuales asumidas por el Estado receptor. El incumplimiento del contrato por parte del Estado receptor de la inversión implicaría un incumplimiento del TBI, pudiendo generar una eventual responsabilidad internacional.⁵¹

2.10.2. CLAUSULAS PROTECTORAS

Estas cláusulas tienden a garantizar al inversor el “*status quo*” de la legislación vigente en el país receptor de la inversión al momento de realizarla. Dicho en otros términos, será inoponible al inversor extranjero cualquier modificación legislativa que resulte menos favorable para la inversión en cuestión.

2.10.3. CLÁUSULAS DE INTANGIBILIDAD

Son generalmente aplicables a los contratos celebrados por el Estado, e implican la obligación del Estado de no modificar unilateralmente el contrato basándose en las especiales prerrogativas o potestades de que está investido de acuerdo a su ordenamiento jurídico interno.⁵²

2.10.4. DEFENSAS CONTRA LA NACIONALIZACIÓN O EXPROPIACIÓN

Los TBI establecen cláusulas de protección respecto de las medidas que directas o indirectamente impliquen la nacionalización o expropiación de las inversiones extranjeras o de medidas similares que tengan el mismo efecto o que limiten de alguna forma el derecho de propiedad de los inversores extranjeros.

⁵¹ Lisdero, Alfredo R. y Helbert, Darío J., “La protección de las Inversiones Extranjeras en la Argentina. Los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y su interpretación jurisprudencial”, Revista El Derecho, jueves 13 de junio de 2002, págs. 1/5.

⁵² Lisdero, Alfredo R. y Helbert, Darío J., “La protección de las Inversiones Extranjeras en la Argentina. Los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y su interpretación jurisprudencial”, Revista El Derecho, jueves 13 de junio de 2002, págs. 1/5.

2.105. REPATRIACION DE UTILIDADES Y DE LA INVERSION

Las cláusulas referentes a la transferencia de pagos son consideradas uno de los aspectos más importantes de los TBI, ya que es fundamental para los inversores extranjeros contar con la posibilidad de repatriar libremente las ganancias derivadas de la inversión a sus países de origen.

2.10.6. SOLUCION DE CONTROVERSIAS

“Todas las cláusulas antes referidas y la consecuente protección de las inversiones extranjeras no tendrían operatividad sin un adecuado sistema de solución de controversias que asegure a los inversores la pronta solución de un eventual conflicto derivado de una inversión protegida por los TBI.

De esta manera los Estados, con la firma de estos tratados, han puesto a disposición de los inversores sistemas de solución de controversias que aseguren a éstos que las mismas puedan ser dirimidas rápidamente por un tribunal independiente e imparcial. Es ésta una de las piedras angulares de la protección de las inversiones y de la finalidad perseguida por los TBI.

En este sentido, los TBI generalmente brindan la posibilidad de que la controversia sea dirimida o por los tribunales locales o por un tribunal arbitral independiente. Respecto de este último caso, es usual que los tratados den la opción de que el inversor someta la disputa a: 1) un arbitraje “*ad hoc*” organizado bajo las reglas de UNCITRAL, o 2) a un arbitraje ante el CIADI. En la práctica, la mayoría de las controversias son sometidas al CIADI ya que dicho Centro se encuentra especializado y dedicado exclusivamente a intervenir en ese tipo de conflictos relativos a inversiones y provee además de una organización y apoyo institucionalizado como así también una mayor publicidad de las controversias sometidas al Centro”.⁵³

2.11. LOS TRIBUNALES ARBITRALES (CIADI)

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), fue creado por el “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y nacionales de otros estados”, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965. En 1998 ya habían firmado y ratificado el convenio 129 países.

Según el art. 1. 2. del Convenio, el CIADI tiene por objeto proporcionar mecanismos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones que surjan entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados contratantes.

⁵³ Lisdero, Alfredo R. y Helbert, Darío J., “La protección de las Inversiones Extranjeras en la Argentina. Los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y su interpretación jurisprudencial”, Revista El Derecho, jueves 13 de junio de 2002, págs. 1/5.

Se considera que el consentimiento de las partes es la piedra angular sobre la que descansa la jurisdicción del Centro y sólo se requiere que sea prestado por escrito en un mismo instrumento o por instrumentos separados.

El arbitraje (o la conciliación) se inicia con una solicitud al Centro, que debe cumplir las formalidades y requerimientos establecidos. Una vez recibida la solicitud, el Centro convoca a la designación de árbitros, La regla básica es el acuerdo de las partes y, en ausencia de éste, el Tribunal se conforma por tres miembros, designados uno por cada parte, a condición de no poseer su misma nacionalidad, el tercer árbitro que oficiará de presidente es nominado por el CIADI, de entre una lista de árbitros constituida por sugerencias efectuadas por los Estados contratantes.

Según el art. 42 del convenio: *“El tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables”*.

2.12. LEY 26.360. REGIMEN DE PROMOCIÓN DE INVERSIÓN EN BIENES DE CAPITAL Y OBRAS DE INFRAESTRUCTURA

El 17 de junio de 2009 fue publicado en el Boletín Oficial de la Nación el decreto 726/2009 que constituye la postergada reglamentación de la ley 26.360 (B.O. 09/04/08) (Adla, LXVIII-B, 1281) que establece un régimen transitorio de promoción de proyectos de inversión en bienes de capital y obras de infraestructura.

El régimen, de similares características que el implementado por su antecesor, ley 25.924 (Adla, LXIV-E, 5398)⁵⁴, establece dos modalidades de beneficios: la acreditación o devolución anticipada del Impuesto al Valor Agregado (IVA) y/o la amortización acelerada en el Impuesto a las Ganancias (IG).

Los solicitantes deberán optar por uno u otro beneficio excepto en determinados casos en los que se puede acceder a ambos de manera conjunta.⁵⁵

Podrán acogerse a los beneficios quienes hayan efectuado o efectúen entre el 01/10/2007 al 30/09/2010 inversiones en bienes de capital nuevos (excepto automóviles) que revistan la calidad de bienes muebles amortizables en el IG y estén destinados a la actividad industrial, así como las inversiones en obras de infraestructura (excluidas las civiles) cuyo objetivo principal sea la realización de actividades productivas y las consideradas críticas siendo tales aquellas que apunten a la generación, transporte y/o distribución de energía, producción, transporte de distribución de hidrocarburos, exploración y/o explotación minera, obras hídricas, viales, ferroviarias, portuarias o de las vías navegables y otras que pudieren incorporarse por vía reglamentaria: el reglamento incorporó la construcción de nuevas plantas de hidrocarburos y/o ampliación de plantas refinadoras existentes.

El art. 2 de la ley establece que: *“Podrán acogerse al presente régimen las personas físicas domiciliadas en la República Argentina y las personas jurídicas*

⁵⁴ Tuvo vigencia hasta el mes de setiembre de 2007.

⁵⁵ Chiani, Martín, “Régimen de promoción de inversiones en bienes de capital y obras de infraestructura. Decreto Reglamentario 726/2009, LL, 2009-D, 979.

constituidas en ella o que se hallen habilitadas para actuar dentro de su territorio con ajuste a sus leyes, debidamente inscritas conforme a las mismas, que desarrollen actividades productivas en el país o se establezcan en el mismo con ese propósito y que acrediten bajo declaración jurada ante la pertinente autoridad de aplicación la existencia de un proyecto de inversión en actividades industriales o la ejecución de obras de infraestructura a realizarse entre el 1º de octubre de 2007 y el 30 de septiembre de 2010, ambas fechas inclusive. En el supuesto que el beneficiario del régimen sea un fideicomiso, tanto el fiduciario como los beneficiarios del fideicomiso deberán ser personas físicas domiciliadas en la República Argentina, o personas jurídicas constituidas en ella, o encontrarse habilitadas para actuar dentro de su territorio con ajuste a sus leyes, debidamente inscritas conforme a las mismas, y acreditar bajo declaración jurada ante la pertinente autoridad de aplicación la existencia de un proyecto de inversión en actividades industriales o la ejecución de obras de infraestructura. A los efectos de lo dispuesto en los párrafos anteriores, los proyectos de inversión en actividades industriales o en obras de infraestructura se considerarán realizados cuando tengan principio efectivo de ejecución y se encuentren concluidos dentro de los plazos previstos para la puesta en marcha de cada uno de los mismos. Se entenderá que existe principio efectivo de ejecución cuando se hayan realizado erogaciones de fondos asociados al proyecto de inversión entre el 1º de octubre de 2007 y el 30 de septiembre de 2010, ambas fechas inclusive, por un monto no inferior al QUINCE POR CIENTO (15%) de la inversión prevista. El régimen establecido por la presente ley será de aplicación para los bienes muebles amortizables comprendidos por obras en curso y las obras de infraestructura iniciadas con anterioridad al día 1º de octubre de 2007, siempre que a dicha fecha no se hayan realizado erogaciones de fondos asociados al proyecto de inversión por un monto igual o mayor al QUINCE POR CIENTO (15%) de la inversión prevista. La autoridad de aplicación resolverá otorgando o denegando el beneficio instituido por esta ley por la totalidad del proyecto de inversión presentado. Los interesados en acogerse al presente régimen deberán inscribirse en el registro que habilitará a tal efecto la autoridad de aplicación. Los interesados deberán asimismo acreditar la generación de puestos genuinos de trabajo, de conformidad con la legislación laboral vigente en cada rubro de actividad”.

En opinión de Chiani, a pesar de que “el régimen de la ley 26.360, sancionado en momentos de falta de inversión e incertidumbre, pareciera resultar una medida tendiente a morigerar este preocupante escenario”, luego del análisis efectuado algunos puntos merecen una valoración crítica.

Por un lado, no resultan incluidas actividades como el comercio o los servicios. Tampoco se incluyen a todas las obras de infraestructura.

“Oportuno resulta también recordar las críticas que fueron realizadas en su oportunidad al aspecto que las personas jurídicas que cuenten entre sus directivos y miembros de sus órganos de fiscalización a sujetos fallidos o denunciados penalmente, no podrán acceder a los beneficios, parece de un excesivo rigor el hecho de que el acaecimiento de cualquiera de dichas circunstancias, luego de aprobado el proyecto, provoque su automática caducidad”. Por ello, “los posibles beneficiarios

deberán analizar su situación fiscal presente y futura, a fin de determinar la conveniencia o no de acogerse al régimen”.⁵⁶

2.13. COMPARACIÓN ENTRE DISTINTOS TRATADOS DE INVERSIÓN FIRMADOS POR LA ARGENTINA SOBRE LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

Los acuerdos tiene previstos dos tipos de conflictos con sus respectivos métodos de solución, son conflictos entre las partes contratantes del tratado es decir los estados y conflictos entre el inversor extranjero y el estado receptor.

Los conflictos entre estados partes se refieren a la interpretación y aplicación del tratado correspondiente: (Alemania art. 9, España art. IX , Italia art 9, Francia art 11, Estados Unidos art VII, Reino Unido art. 9, Canadá art. XII, Australia art 123).

Prevén dos etapas de solución:

1) se debe recurrir a negociaciones o gestiones diplomáticas, por un lapso de duración de seis meses en algunos convenios desde su iniciación para su resolución por este medio. (Tratado España),

2) si ello no ocurre, cualquier parte puede solicitar la constitución de un tribunal arbitral *ad hoc*, compuesto por tres árbitros, que fijará las normas de procedimiento. (Convenio EEUU prevé que se apliquen, salvo acuerdo en contrario, las normas de la Comisión de la UN para el Derecho Mercantil Internacional). En general los convenios no prevén el derecho aplicable, dependiendo en consecuencia de lo que decida el tribunal, sin embargo otros prevén que se aplique el derecho “las normas de otros convenios que rijan entre las partes, en el derecho vigente en el país en que las inversiones fueron realizadas y en los principios universalmente reconocidos del derecho internacional “- España y Australia- o “normas aplicables del derecho internacional” - Estados Unidos-. Sus decisiones son definitivas y obligatorias.

En principio este procedimiento entre los estados no podrá iniciarse en base al incumplimiento de los contratos con el inversor extranjero, por la sola fuerza del contrato. Pero `por aplicación de la llamada “cláusula sombrilla” establecida en los tratados internacionales, el cumplimiento de aquellos es una obligación internacional o un obligación dentro del tratado, por lo que puede sostenerse que su violación produce la responsabilidad del estado receptor, que podrá ser reclamada potestativamente por el estado de origen a través de la protección diplomática lo que implica la posibilidad de arbitraje.

La protección diplomática como derecho de los estados se relaciona con el procedimiento de solución de conflictos interestatales.

La Corte Internacional Permanente de Justicia dijo en el caso Mavrommatis que “Es un principio elemental del derecho internacional que un estado tiene el derecho de proteger a sus nacionales, cuando son dañados por actos de otros estados contrarios al derecho internacional, de quienes no pudieron obtener satisfacción a

⁵⁶ Chiani, Martín, “Régimen de promoción de inversiones en bienes de capital y obras de infraestructura. Decreto Reglamentario 726/2009, LL, 2009-D, 979.

través de sus canales comunes. Tomando el caso de uno de sus nacionales y recurriendo a la acción diplomática o al procedimiento judicial internacional en su nombre, un Estado está, en realidad, ejerciendo uno de sus derechos – el derecho a asegurar, en la persona de sus nacionales, el respeto por las normas del derecho internacional”.

Existiendo una cláusula sombrilla en el tratado el incumplimiento del contrato administrativo protegido por éste genera la responsabilidad internacional del estado argentino y habilita al estado de origen a ejercer su derecho a la protección diplomática, pudiendo defender el reclamo de su nacional tanto en la negociación como en el arbitraje interestatal

Los requisitos para la procedencia de la protección diplomática son:

1. Que la empresa o persona protegida tenga la nacionalidad del estado que lo defiende lo cual está definido en los tratados de protección;
2. Que la compañía o persona no haya violado la ley;
3. Que los remedios locales hayan sido utilizados.

Este último requisito no está establecido en los convenios celebrados por la Argentina para la resolución de conflictos interestatales, sólo en algunos como los de Alemania art. 10, España art. X, cuando hay conflicto entre el inversor extranjero y el estado receptor, con posterioridad al período de negociaciones y antes del arbitraje internacional.

El acuerdo con Alemania tiene la particularidad en su art 9 de la prohibición de utilizar el tribunal arbitral interestatal, si los dos estados contratantes fueran parte del CIADI, cuando el conflicto es entre un inversor extranjero y el estado receptor y hubieran aceptado la jurisdicción del CIADI, reapareciendo aquel derecho si no se cumple su laudo. Ello no impide recurrir a las negociaciones entre estados previas. Sin perjuicio de la aplicación por los inversores alemanes de la cláusula de nación mas favorecida con respecto al arbitraje internacional.

SUBROGACION

La Subrogación prevista en los tratados bilaterales –Alemania art. 6, España art VIII, Italia art. 7, Francia art 9, Francia art. 9, Canadá art IX, Reino Unido art 10 y Australia art 10-, es una institución por la cual si los inversores extranjeros han recibido un pago de su aseguradora nacional por daños producidos por el estado receptor, el Estado de origen o un ente, le sucede al inversor en sus derechos contra el estado receptor. No pudiendo el estado de origen reclamar mejor derecho que el que tenía su inversor.

En todos los casos el estado de origen conserva su derecho a recurrir al procedimiento de solución de conflictos entre estados.

SOLUCION DE CONFLICTOS ENTRE EL INVERSOR EXTRANJERO Y EL ESTADO RECEPTOR

Ante los amplios términos utilizados en los tratados, los incumplimientos del estado receptor a sus obligaciones en un contrato administrativo, así como cualquier medida arbitraria de aquel que lo afectara, están dentro del espectro de conflictos del título que pueden recurrir al procedimiento establecido. Ello ha sido reconocido por la doctrina nacional y extranjera.

En todos los convenios que celebró Argentina se dispone que ante el nacimiento de controversias primero deben ser resueltas mediante consultas y negocia-

ciones amistosas entre las partes –Alemania art. 10, España art X, Italia art 8, Francia art 8, EEUU art VII, Canadá art X, Australia art XIII, Méjico punto 2 del anexo al convenio- . La mayoría establece un plazo mínimo de seis meses para las negociaciones amistosas aunque otros guardan silencio –Italia, Inglaterra, Canadá y Australia.

Vencido el plazo si este existe, al inversor y al estado receptor se les da la posibilidad de recurrir, mediante la simple petición de cualquiera de ellos, a algún procedimiento judicial o arbitral para resolver sus problemas.

En los primeros acuerdos la Argentina no admitió que el inversor extranjero recurriera directamente al arbitraje internacional, sino que le exigió como condición previa que sometiera su controversia a la decisión de los tribunales judiciales locales por un periodo de 18 meses vencido ello sin sentencia o con ella que no conformara a las partes se podía recurrir al arbitraje internacional, como excepción era cuando las partes convenían concurrir directamente a los tribunales arbitrales sin pasar por las judiciales locales -Alemania Italia reino unido Canadá-

El punto de inflexión fue el tratado con Francia en 1999 donde se admitió la posibilidad de someter directamente el conflicto sobre la inversión a arbitraje. El inversor debe optar entre la jurisdicción nacional y el arbitraje internacional, la opción por cualquiera es definitiva y precluye la posibilidad de utilizar la otra

Ahora bien los inversores cuyos tratados no contienen esta posibilidad igual pueden recurrir a ella en uso de la cláusula de tratamiento no menos favorable que la nación mas favorecida,

Se advierte que la Argentina al suscribir el CIADI no reservó en los términos del art .26 del convenio el derecho a exigir el agotamiento previo de sus recursos internos.⁵⁷

2.14. PRINCIPIOS DEL BANCO MUNDIAL PARA SISTEMAS EFECTIVOS DE INSOLVENCIA Y DE DERECHOS DE LOS ACREEDORES

El Banco Mundial en “*los principios*” enuncia los elementos generales que crean los climas de inversión sólidos.

Entre ellos señala la **transparencia, responsabilidad y administración societaria**.⁵⁸

Para ello, es necesario contar con un marco legal y un proceso judicial predecible y confiable con el objeto de implementar reformas, asegurar el tratamiento equitativo de todas las partes e impedir las prácticas inaceptables. La legislación de sociedades y sus normas reglamentarias deben orientar la conducta de los accionistas de las entidades tomadoras de crédito.

La ley debe imponerse de manera imparcial y coherentemente. Los sistemas de insolvencia y de derechos de los acreedores interactúan y están afectados por estos sistemas adicionales, y son más efectivos cuando se adoptan las buenas prácti-

⁵⁷ Ymaz Videla, Esteban M., Protección de Inversiones Extranjeras – Tratados Bilaterales, Editorial La Ley, mayo 1999.

⁵⁸ Se explican en el CAPITULO 1.

cas en otros aspectos importantes del sistema legal, particularmente en el derecho comercial.

La inversión en los mercados emergentes es desalentada por falta de reglas de asignación de riesgo predecibles y bien definidas y por aplicación incoherente de las leyes.

Asimismo, durante las crisis sistémicas los inversores frecuentemente exigen primas de riesgo inciertas demasiado onerosas para permitir la depuración de los mercados. Algunos inversores pueden evitar por completo los mercados emergentes a pesar de que los recuperos previstos superen ampliamente los riesgos conocidos.

Los prestamistas racionales exigirán primas de riesgo que compensen la incertidumbre sistémica de la realización, administración y cobro de las inversiones en los mercados emergentes. Las probabilidades de que los acreedores tengan que confiar en las reglas de asignación de riesgo aumentan a medida que los factores fundamentales que sustentan la inversión se deterioran. Este hecho se debe a que las reglas de asignación de riesgo fijan estándares mínimos que tienen bastante aplicación para limitar la incertidumbre negativa, pero que generalmente no aumentan los recuperos en los mercados sin dificultades (en especial para los inversores con renta fija). Durante las crisis sistémicas reales o percibidas, los prestamistas tienden a concentrarse en la reducción de riesgos, y las primas por riesgo se disparan. En tales circunstancias, la incapacidad para predecir el riesgo negativo puede dañar severamente los mercados. El efecto puede incidir sobre otros riesgos en el país, provocando la renuencia de los prestamistas, incluso hacia los prestatarios no afectados.

Además, los mercados emergentes parecen ser particularmente susceptibles a los cambios rápidos en la dirección y en la magnitud de los flujos de capital

Si las reglas de asignación de riesgo fueran más ciertas, tanto los acreedores de los mercados emergentes comprometidos como los no comprometidos se sentirían más cómodos para inyectar capital fresco en épocas difíciles.

A diferencia de los países industrializados, los países en desarrollo generalmente tienen garantías legales, institucionales y regulatorias más débiles para brindar a los prestamistas (nacionales y extranjeros) la confianza de que las inversiones pueden ser controladas, o que los derechos de los acreedores se respetarán, particularmente para el cobro de la deuda. En general, las actividades operativas, financieras y de inversión del tomador no resultan transparentes para los acreedores. Existe una incertidumbre sustancial con relación a la materia y a la aplicación práctica del derecho contractual, del derecho de insolvencia y de las reglas de administración societaria. Y los acreedores perciben que carecen de suficiente información y control sobre el proceso utilizado para el cumplimiento de las obligaciones y el cobro de las deudas. La falta de transparencia y certeza erosiona la confianza entre los acreedores extranjeros y mina su voluntad de otorgar crédito.

Ante la ausencia de leyes y procedimientos suficientes y predecibles, los acreedores tienden a prestar fondos sólo a cambio de primas por riesgo innecesariamente elevadas. En tiempos de crisis pueden retirar el apoyo financiero en su conjunto. Los países se beneficiarían sustancialmente si los sistemas de insolvencia y de derechos de los acreedores se clarificaran y se aplicaran en forma coherente y totalmente transparente.

CONVENIOS DE PROMOCION Y PROTECCION DE INVERSIONES

- ACTA FINAL RONDA URUGUAY – OMC, Ley 24425;
- ACUERDO ASOCIACION ESTRATEGICA ENTRE ARG Y MEXICO, Ley 26381;
- ACUERDO SOBRE PROMOCION Y PROTECCION INVERSIONES PROVENIENTES DE ESTADOS NO PARTES DEL MERCOSUR, Ley 24554;
 - ALEMANIA, Ley 24099;
 - APROBACION PROTOCOLO DE OURO PRETO, Ley 24560;
 - ARMENIA, Ley 24395;
 - AUSTRALIA, Ley 24778;
 - AUSTRIA, Ley 24328;
 - BELGICA Y LUXEMBURGO, Ley 24123;
 - BOLIVIA, Ley 24458;
 - BULGARIA, Ley 24401;
 - CANADA, Ley 24125;
 - CHILE –TRATADO, Ley 24342;
 - CONVENIO QUE DIFERENCIA INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTRO ESTADO, Ley 24353;
 - COREA, Ley 24682;
 - COSTA RICA, Ley 25139;
 - CROACIA, Ley 24563;
 - CUBA, Ley 24770;
 - DINAMARCA, Ley 24397;
 - ECUADOR, Ley 24459;
 - EEUU Ley 24124, MODIFICADO Ley 24558;
 - EGIPTO, Ley 24248;
 - ESPAÑA, Ley 24118;
 - FILIPINAS, Ley 25481;
 - FINLANDIA, Ley 24614;
 - FRANCIA, Ley 24100;
 - GRAN BRETAÑA, Ley 24184;
 - GUATEMALA, Ley 25350;
 - HUNGRIA, Ley 24335;
 - INDIA, Ley 25540;
 - INDONESIA, Ley 24814;
 - ISRAEL, Ley 24771;
 - ITALIA, Ley 24122;
 - JAMAICA, Ley 24549;
 - LITUANIA, Ley 24972;
 - MALASIA, Ley 24613;
 - MARRUECOS, Ley 24900;
 - MEXICO, Ley 24972;
 - NICARAGUA, Ley 25351;

- NUEVA ZELANDIA, Ley 25539;
- PAISES BAJOS, Ley 24352;
- PANAMA, Ley 24971;
- PERU, Ley 24680;
- POLONIA, Ley 24101;
- PORTUGAL, Ley 24593;
- PROCOTOCOLO DE COLONIA PARA LA PROMOCION Y PROTECCION RECIPRACA DE INVERSIONES EN EL MERCOSUR, Ley 24891;
- REP. CHECA, Ley 24983;
- REP. HELENICA, Ley 25695;
- RUMANIA, Ley 24456;
- RUSIA, Ley 25353;
- SENEGAL, Ley 24396;
- SUECIA, Ley 24117;
- TAILANDIA, Ley 25532;
- TUNEZ, Ley 24394;
- TURQUIA, Ley 24340;
- UCRANIA, Ley 24679;
- VENEZUELA, Ley 24457;
- VIETNAM, Ley 24778.

CAPITULO 3

GARANTÍAS REALES Y PERSONALES

3.1. RELACION ACREEDOR - DEUDOR

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos se regulan las relaciones entre acreedores y deudores. Cuando entre dos sujetos existe una relación obligacional, el sujeto pasivo es llamado deudor u obligado, y el sujeto activo, acreedor o titular del crédito.

La obligación del deudor es satisfacer la prestación debida. Cuando la prestación debida no se cumple en tiempo y forma el deudor se convierte en incumplidor y le surge la obligación de resarcir el daño causado por el incumplimiento.

Cuando el deudor no repara voluntariamente el daño derivado de su incumplimiento, el orden jurídico le otorga al acreedor el derecho de satisfacción coactiva o forzada sobre el patrimonio del deudor.

¿Cómo hace el acreedor para cobrarse con los bienes del deudor? Tiene dos formas: a través de la ejecución individual o la ejecución colectiva.

Estas relaciones se rigen normalmente por dos principios generales. Primero, la ley normalmente establece que los bienes de un deudor constituyen la “prenda común” (a veces denominada también “patrimonio embargable”) de todos los acreedores. Todos los bienes de un deudor pueden ser embargados (salvo excepciones) y vendidos para satisfacer una obligación confirmada mediante sentencia favorable a uno de sus acreedores.

Segundo, en caso que no se haya obtenido dinero suficiente de la venta de los bienes para pagar a todos los acreedores en su totalidad, las deudas se satisfacen proporcionalmente y se pagan a prorrata.

La mayoría de los ordenamientos jurídicos también autorizan a algunos acreedores a obtener un derecho preferencial. Esta prelación puede derivar de una disposición legal o de la firma de un contrato de garantía real sobre bienes concretos del deudor o que se constituya una garantía personal.

La garantía personal es la garantía otorgada por una persona, dado que el deudor principal por quien se otorga la garantía ya se encuentra obligado frente al acreedor, la garantía personal debe ser una obligación personal asumida por otra persona distinta del deudor.

Existen distintos instrumentos, entre ellos, fianzas o garantías dependientes, garantías independientes, fianzas a primer requerimiento, carta de crédito stand by, etc.

La garantía real por otro lado, es un derecho otorgado sobre bienes de propiedad del deudor y que le otorga al acreedor garantizado una posición de privilegio.

3.2. EL PATRIMONIO COMO GARANTÍA COMÚN DE LOS ACREEDORES

El derecho de propiedad se encuentra reconocido en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional (CN).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha decidido que el término "propiedad" comprende todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad (Caso Bourdie, Fallos, 147:307).

Esto significa que no sólo el dominio sobre las cosas es derecho de propiedad, también lo son los restantes derechos reales y también los derechos creditorios.

Los derechos del autor, o inventor y los derechos a las marcas son también derecho de propiedad.

El Derecho de propiedad debe ejercerse "*conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio*", por lo tanto, autoriza al Congreso a reglamentarlo razonablemente, no admite un derecho absoluto e ilimitado. Es el legislador, quien determina y señala el contenido más o menos concreto de todo derecho. Lo reglamenta, imponiéndole las restricciones y limitaciones necesarias, fundándose en las necesidades de orden jurídico, social, económico y aún político de la sociedad para la cual legisla.

El Patrimonio está integrado por la suma de todos los derechos susceptibles de apreciación pecuniaria de que puede ser titular un sujeto de derecho. Tales son los derechos que recaen sobre las cosas o derechos reales y los derechos personales o de crédito. El art. 2312 del C.C. expresa textualmente que: "*Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman "bienes". El conjunto de los bienes de una persona constituye su "patrimonio"*".

El patrimonio de una persona es la garantía común de sus acreedores.

Los acreedores, o titulares de derechos creditorios, pueden agredir el patrimonio del deudor a los fines de satisfacer sus acreencias. Ese patrimonio constituye la garantía del pago de tales créditos.

La regla es que todos los bienes que componen el patrimonio del deudor son pasibles de ejecución por sus acreedores, a los fines de percibir sus acreencias. Sin embargo, la ley establece, en supuestos excepcionales, la inembargabilidad de ciertos bienes en resguardo de las necesidades mínimas del deudor y su familia.

El ordenamiento jurídico brinda la facultad de obtener ciertas medidas precautorias o cautelares, que sirven para resguardar la posibilidad de percibir un crédito. Las acciones llamadas integratorias aseguran la integridad del patrimonio como prenda común de los acreedores.

La acción subrogatoria es la acción que pueden ejercer los acreedores ante la inacción de su deudor.

Conforme al art. 1196 CC "*los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, con excepción de los que sean inherentes a su persona*".

La acción revocatoria es la contemplada en el art. 961 C.C., establece que: "*todo acreedor quirografario puede demandar la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o en fraude de sus derechos*".

La acción de simulación tiende a la declaración de nulidad del acto.

3.3. CONCEPTO DE “GARANTIA”

Todos los bienes que integran el patrimonio del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones.

Los instrumentos jurídicos que brindan a los acreedores seguridad de cobro, y que también redundan en beneficio del propio deudor, por cuanto, existiendo, le permitirán obtener crédito con mayor facilidad, reciben el nombre genérico de “*garantías*”.

3.4. CLASIFICACIÓN

Las “*garantías*” suelen dividirse en legales y convencionales; y reales y personales.

Las *garantías* personales, como por ejemplo: la fianza, puede ser legal, judicial o convencional. En este caso se agrega al deudor otro deudor que se obliga por igual o subsidiariamente con él.

Las *garantías* reales representan una seguridad más fuerte para el acreedor, ya que afectan y recaen directamente sobre la “*cosa*” o “*cosas*” cuyo valor puede apreciar el acreedor en el momento de la constitución, permitiendo su persecución y otorgando (salvo la anticresis) un derecho de preferencia en el cobro (privilegio).

3.5. GARANTIAS EN EL CODIGO CIVIL

Los derechos reales de *garantía* enunciados en el Código Civil son: la prenda, la hipoteca y la anticresis.

La *garantía* personal por excelencia es la fianza.

3.5.1. GARANTIAS REALES

3.5.1.1. PRENDA

La “*prenda*” es utilizada en diversos sentidos:

- a) como sinónimo del derecho real que afecta una cosa mueble para garantizar un crédito (arts. 3203 y 3235 C.C.);
- b) para mencionar al contrato de *prenda*, esto es, al convenio que da nacimiento al derecho real de *prenda* (art. 3217 C.C.);
- c) para denotar el objeto sobre el que recae el derecho real, vale decir, la cosa mueble afectada al pago de la deuda (arts. 3220/22 C.C.).

En el artículo 1142 C.C. se menciona a la *prenda* como un “*contrato real*” que se perfecciona con la entrega de la cosa, sobre el que ha de recaer el derecho real de *prenda*.

Es el derecho real de *garantía* que recae sobre una cosa mueble o un crédito que entrega el constituyente al acreedor o a un tercero designado por ambos de común acuerdo en seguridad de una deuda, 9arts. 3206/7 C.C.)

Sus caracteres son; accesoriedad 9art. 524 C.C.), convencionalidad (art. 3204 C.C.), especialidad en cuanto al objeto y al crédito, cuyo importe cierto y de-

terminado en dinero, debe constar en el instrumento constitutivo del derecho (art. 3217 C.C.) e indivisibilidad.

3.5.1.2. HIPOTECA

La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor, (art. 3108 C.C.).

Los caracteres esenciales de la hipoteca son: que es un derecho real, accesorio y convencional, que debe ser inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble para ser oponible a terceros, goza de especialidad. Debe realizarse por escritura pública.

El carácter natural es la indivisibilidad.

3.5.1.3. ANTICRESIS

El contrato de anticresis es el contrato real (arts. 1142 y 3240 C.C.), unilateral (art. 1138 C.C.) y oneroso (art. 1139 C.C.) que sirve de fuente al derecho real de anticresis.

El art. 3239 C.C. define al derecho real de anticresis diciendo: *“El anticresis es el derecho real concedido al acreedor por el deudor, o un tercero por él, poniéndole en posesión de un inmueble, y autori’zandolo a percibir los frutos para imputarlos anualmente sobre los intereses del crédito, si son debidos; y en caso de exceder, sobre el capital, o sobre el capital solamente si no se deben intereses”*.

3.5.2. DERECHO PERSONAL DE GARANTÍA.

3.5.2.1. LA FIANZA

El Código Civil dice en el art. 1986 que: *“Habrá contrato de fianza, cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente por un tercero, y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesoría”*.

Toda obligación puede ser afianzada, sea obligación civil o sea obligación natural, sea accesoría o principal derivada de cualquiera causa, aunque sea de un acto ilícito; cualquiera que sea el acreedor o deudor, y aunque el acreedor sea persona incierta; sea de valor determinado o indeterminado, líquido o ilíquido, pura o simple; a plazo o condicional, y cualquiera que sea la forma del acto principal.

La fianza puede ser legal o judicial. Cuando la fianza sea impuesta por la ley, o por los jueces, el fiador debe estar domiciliado en el lugar del cumplimiento de la obligación principal y ser abonado, o por tener bienes raíces conocidos, o por gozar en el lugar de un crédito indisputable de fortuna.

Conforme al art. 2.003 C.C. *“La fianza será solidaria con el deudor principal, cuando así se hubiese estipulado, o cuando el fiador renunciare al beneficio de excusión de los bienes del deudor, o cuando el acreedor fuese la hacienda Nacional o Provincial”*.

La solidaridad a la cual el fiador puede someterse, no le quita a la fianza su carácter de obligación accesoria, y no hace al fiador deudor directo de la obligación principal. La fianza solidaria queda regida por las reglas de la simple fianza, con excepción de la privación del beneficio de excusión y del de división, (art. 2004 C.C.). Cuando alguien se obligare como principal pagador, aunque sea con la calificación de fiador, será deudor solidario, y se le aplicarán las disposiciones sobre los codeudores solidarios (art. 2005 C.C.).

La fianza se extingue por la extinción de la obligación principal, y por las mismas causas que las obligaciones en general, y las obligaciones accesorias en particular, (art. 2042 C.C.)

3.6. GARANTIAS EN EL CODIGO DE COMERCIO

El Código de Comercio menciona las fianzas, las cartas de crédito, la prenda y la prenda con registro.

3.6.1. FIANZA

El art. 478 del código de Comercio (C.Com.) dice: “para que una fianza se considere mercantil, basta que tenga por objeto asegurar el cumplimiento de un acto o contrato de comercio, aunque el fiador no sea comerciante”.

3.6.2. CARTAS DE CRÉDITO

Las cartas de créditos deben contraerse a cantidad fija como maximum de la que pueda entregarse al portador. Las que no contengan cantidad determinada, se considerarán como simples cartas de recomendación.

3.6.3. PRENDA

El contrato de prenda comercial es aquél por el cual el deudor o un tercero a su nombre, entrega al acreedor una cosa mueble, en seguridad y garantía de una operación comercial, (art. 580 C.Com.).

3.6.4. PRENDA CON REGISTRO

La Ley de Prenda con Registro, decreto-ley N° 15.348/46, ratificado por la Ley N° 12.962 y sus modificatorias (t.o. Decreto N° 897/95)

El art. 1 establece que *“Las prendas con registro pueden constituirse para asegurar el pago de una suma de dinero o el cumplimiento de cualquier clase de obligaciones, a las que los contrayentes le atribuyen, a los efectos de la garantía prendaria, un valor consistente en una suma de dinero”*.

Los bienes sobre los cuales recaiga la prenda con registro quedarán en poder del deudor o del tercero que los haya prendado en seguridad de una deuda ajena.

Los bienes afectados a la prenda garantizan al acreedor, con privilegio especial sobre ellos, el importe de la obligación asegurada, intereses y gastos en los términos del contrato y de las disposiciones del presente.

El privilegio de la prenda se extiende, salvo convención en contrario, a todos los frutos, productos, rentas e importe de la indemnización concedida o debida en caso de siniestro, pérdida o deterioro de los bienes prendados.

El contrato produce efectos entre las partes desde su celebración y con respecto a terceros, desde su inscripción en la forma establecida en el presente.

La prenda con registro podrá constituirse a favor de cualquier persona física o jurídica, tenga o no domicilio en el país.

3.7. GARANTIAS EN LA LEY DE NAVEGACION

3.7.1. PRENDA E HIPOTECA NAVAL

Sobre todo buque de matrícula nacional de diez (10) o más toneladas de arqueo total, o buque en construcción del mismo tonelaje, su propietario puede constituir hipoteca con sujeción a lo dispuesto en la presente sección, y salvo la facultad otorgada al capitán en el art. 213. Sólo pueden ser gravados con prenda, de acuerdo con las normas del régimen legal respectivo, los buques de menos de diez (10) toneladas, (ART. 499 Ley 20094)

Los copropietarios pueden hipotecar el buque en garantía de créditos contraídos en interés común, por resolución tomada por la mayoría de 2/3, computada como lo dispone el art. 165. En caso de no obtenerse esta mayoría, la hipoteca sólo puede constituirse con autorización judicial. El copropietario sólo puede constituir hipoteca sobre su parte, con el consentimiento de la mayoría. La hipoteca subsiste después de enajenado el buque o dividido el condominio.

Formalidades: La hipoteca sobre un buque debe hacerse por escritura pública o por documento privado autenticado con los requisitos previstos en el art. 503, y sólo tendrá efectos con respecto a terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro Nacional de Buques. Debe además tomarse nota de ella en el certificado de matrícula del buque y en el título de propiedad.

Contenido del instrumento de constitución de hipoteca

El art. 503 dice: *“El instrumento de constitución de hipoteca debe contener:*
a) Nombre, apellido, filiación, nacionalidad, profesión y domicilio del acreedor y del deudor; b) Datos de individualización del buque de acuerdo con la matrícula; c) La naturaleza del contrato a que accede con sus datos pertinentes; d) Monto del crédito, intereses convenidos, plazo y lugar estipulado para el pago; e) Constancia de haber presentado la documentación probatoria del pago de las remuneraciones y cotizaciones jubilatorias que correspondan al personal afectado al buque a gravar, hasta el último viaje realizado inclusive.”

Si se trata de hipoteca sobre buque en construcción deben incluirse las mismas menciones salvo las de los incs. b) y e). Los datos previstos en el inc. b) se sustituirán por la individualización del astillero y de la grada sobre la cual se construye o se construirá el buque y los elementos, equipos y materiales destinados a la construcción aunque no estuvieran incorporados, individualizados en la forma dispuesta en el artículo precedente”.

Preferencia: El orden de inscripción de la hipoteca determina la preferencia del título. En caso de varias inscripciones de la misma fecha prevalecerá la inscripta en hora anterior.

Subsistencia de los derechos del acreedor: El acreedor hipotecario puede hacer valer sus derechos sobre el buque o buque en construcción, aunque haya pasado a poder de terceros. Su privilegio se extingue transcurrido el plazo de tres (3) años desde la fecha de la inscripción de la hipoteca, si la misma no se renueva, o si su plazo de amortización no fuere mayor.

Intereses de la obligación principal: La hipoteca sobre buque o sobre buque en construcción, se extiende a los intereses de la obligación principal debidos por dos (2) años.

Normas subsidiarias: Se aplican subsidiariamente a la hipoteca naval las disposiciones de derecho común que rigen la hipoteca, en cuanto no estén en contradicción con las de esta Sección.

3.8. GARANTÍAS EN EL CODIGO AERONAUTICO

3.8.1. HIPOTECA AERONAUTICA

Las aeronaves pueden ser hipotecadas en todo o en sus partes indivisas y aún cuando estén en construcción. También pueden hipotecarse los motores inscritos conforme al artículo 41 de este código. Ni las aeronaves ni los motores son susceptibles de afectación de prenda con registro. No podrá ser hipotecada ni afectada como garantía real de ningún crédito, la aeronave inscrita conforme a los artículos 42 y 43 de este código, hasta tanto se proceda a su inscripción y matriculación definitivas.

Cuando los bienes hipotecados sean motores, el deudor deberá notificar al acreedor en qué aeronaves serán instalados y el uso que se haga de aquéllos. La hipoteca de motores mantiene sus efectos aún cuando ellos se instalen en una aeronave hipotecada a distinto acreedor, (art. 52 Cod. Aeronáutico)

El art. 53 dice: *“La hipoteca deberá constituirse por instrumento público o privado debidamente autenticado e inscribirse en el Registro Nacional de Aeronaves. La inscripción confiere al acreedor un derecho de preferencia según el orden*

en que se han efectuado. En el instrumento deberá constar: 1) Nombre y domicilio de las partes contratantes; 2) Matricula y número de serie de la aeronave y sus partes componentes; 3) Seguros que cubren el bien hipotecado; 4) Monto del crédito garantizado, intereses, plazo del contrato y lugar de pago convenidos; 5) Si la aeronave está en construcción, además de los recaudos de los incisos 1° y 4°, se la individualizará de acuerdo al contrato de construcción y se indicará la etapa en que la misma se encuentre; 6) Si se tratase de hipoteca de motores, éstos deberán estar previamente inscriptos y debidamente individualizados”.

El privilegio del acreedor hipotecario se extiende a la indemnización del seguro por pérdida o avería del bien hipotecado y a las indemnizaciones debidas al propietario por daños causados al mismo por un tercero, as como a sus accesorios, salvo estipulación expresa en contrario. A los efectos establecidos en este artículo, los acreedores hipotecarios podrán notificar a los aseguradores, por acto auténtico, la existencia del gravamen.

En caso de destrucción o inutilización del bien hipotecado, los acreedores hipotecarios podrán ejercer su derecho sobre los materiales y efectos recuperados o sobre su producido. La hipoteca se extingue de pleno derecho a los siete años de la fecha de su inscripción, si ésta no fuese renovada.

3.9. LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS

La OEA aproximadamente cada cuatro años convoca a las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado (las llamadas CIDIP por sus siglas en español). La CIDIP VI aprobó esta Ley Modelo. Actualmente se realiza el proceso de implementación de dicho instrumento, que tiene por objeto nivelar la gran discrepancia en el acceso y costo al crédito comercial en el hemisferio occidental.

Por ejemplo, en los Estados Unidos y Canadá los créditos comerciales se pagan a una tasa de interés anual entre el 6 y el 12 por ciento. Además, en estos países el crédito es normalmente fácil de obtener. En contraste, en la gran mayoría de los países de América Latina y del Caribe es muy difícil acceder a un crédito y, para los pocos afortunados que llegan a obtenerlo, las tasas de interés normalmente comienzan al 15 por ciento de interés anual y, en muchos casos pueden llegar al 20, 30 y hasta 40 por ciento.

Esta gran discrepancia afecta a todos los actores económicos del país, pero más significativamente a los pequeños y medianos comerciantes. Y es especialmente importante porque los Acuerdos o Tratados de Integración Regional eliminarían los aranceles que hoy en día protegen a los comerciantes nacionales, forzándolos a competir mano-a-mano con actores extranjeros que pagan una fracción del costo por su acceso al capital.

Esta discrepancia se debe a varias razones, entre ellas la poca importancia que se le da a las garantías sobre bienes muebles en los países de América Latina y del Caribe, además el costo de intermediación bancaria, las políticas económicas del

país, factores de cambio de la moneda y políticas monetarias, y entre otras, la incertidumbre ocasionada por el marco jurídico y registral actual.

La Ley Modelo intenta eliminar la incertidumbre del sistema de garantías mobiliarias sobre bienes muebles y, de tal manera, dar acceso a los beneficios de un sistema basado en los conceptos jurídicos que llevarán a un desarrollo económico significativo en nuestros respectivos estados.

Los países realmente exitosos no solo utilizan sus bienes inmuebles a su máximo alcance, sino también utilizan sus bienes muebles de igual manera.

Aquí como ejemplo, se puede mencionar a Estados Unidos en donde hay gran valor en bienes inmuebles. Sin embargo, la concentración de riqueza no ha estado en bienes inmuebles desde hace ya más de 100 años. Es decir, en el último siglo ha habido mayor concentración de riqueza en bienes muebles incorpóreos o intangibles que en inmuebles.

El éxito de dicho país entonces está predicado en utilizar el valor de los bienes muebles al alcance máximo como garantía de un préstamo.

En contraste, la mayoría de los países de América Latina le dan poca importancia a los bienes muebles como fuente de riqueza en el país y, por lo mismo, como valor en garantía de un préstamo. Esto es particularmente desventajoso debido al pequeño tamaño físico de muchos de esos países en donde, si la riqueza se concentra solo en bienes inmuebles, el crecimiento se verá siempre limitado por la superficie del país que nunca crecerá, mientras que los bienes muebles pueden existir en infinito y pueden crecer no solo de manera aritmética sino de manera exponencial.

La Ley Modelo tiene como objetivo principal el aprovechar el valor económico de los bienes muebles como garantía de un préstamo para crear una nueva fuente de capital en los estados miembros, que hoy en día es casi totalmente desaprovechada. Esta ley, que es el producto de un largo proceso de redacción en donde participaron expertos gubernamentales y no-gubernamentales de todos los países miembros de la OEA abarca varios conceptos y principios jurídicos que tienen dos otros objetivos: 1) dar una gran flexibilidad a las partes a una transacción, y 2) dar mayor certeza jurídica.

3.9.1. PRINCIPIOS DE LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS

El derecho substantivo que abarca la Ley Modelo se basa en siete principios jurídicos:

- 1) La creación de un sistema homogéneo de garantías sobre bienes muebles;
- 2) La creación de una garantía que se extienda a bienes futuros;
- 3) La creación de una garantía que se utilice para garantizar obligaciones futuras;
- 4) La protección de los deudores que han otorgado una garantía sobre bienes futuros;
- 5) La protección de compradores en el curso ordinario de los negocios;
- 6) La creación de un sistema de ejecución ágil y efectivo; y, por último,

- 7) La publicidad por medio de la inscripción registral.

3.9.2. REGISTROS

Aquí lo más importante sería entender que los bienes muebles y los inmuebles son bienes económicos de naturaleza muy distinta y, por lo mismo, hay que entender que los conceptos registrales que funcionan para uno no funcionan para el otro.

Por ejemplo, veamos la descripción de los bienes. En este aspecto, un registro de bienes inmuebles requiere su descripción con gran certeza y especificidad. Esto es posible ya que toda finca se puede describir sin problema de tal manera. En contraste, utilizar este concepto de descripción indubitable para bienes muebles tendría el efecto de excluir la mayoría de los bienes muebles del mundo de bienes que se pueden utilizar como garantía de un préstamo. Y, una vez más, no estaríamos haciendo el uso máximo de la riqueza del país, ya que excluiríamos en muchos casos las garantías sobre todos los bienes fungibles, los bienes incorpóreos y los bienes futuros, mismos que no se pueden describir de manera pormenorizada.

Otros conceptos registrales que requiere la Ley Modelo, son los siguientes:

- 1) Lo que se inscribe es un formulario registral, no un documento transaccional o contrato de garantías;
- 2) Las firmas se deben limitar a requerir solo la firma de la parte que otorga el registro;
- 3) Se debe permitir el registro de una garantía antes de que se haya creado la misma e, inclusive, antes de que se haya entregado un préstamo al deudor, incluyendo las garantías sobre líneas de crédito, avances futuros y garantías de obligaciones flotantes;
- 4) Se debe crear un registro único centralizado;
- 5) Se deben crear y respetar registros especiales para bienes específicos;
- 6) El índice registral debe ser por nombre de deudor;
- 7) Se debe crear un sistema de confirmación de las garantías registradas;
- 8) Se deben crear criterios para la duración de una inscripción;
- 9) Y, por último, el costo de la inscripción se debe basar solamente en el costo de registro en aceptar, almacenar y diseminar la información sujeta de la inscripción.

En conclusión, estos elementos registrales, en conjunción con los elementos sustantivos de la Ley Modelo, si se logran implementar en los países miembros de la OEA tendrán el efecto de crear una nueva fuente de capital, siendo garantizada con muebles, que hoy en día se utiliza de manera ineficaz.

El efecto económico para cada país es sumamente importante, especialmente considerando la competencia global.

3.10. PRINCIPIOS DEL BANCO MUNDIAL SOBRE CRÉDITOS Y GARANTIAS

Sistemas de crédito y de ejecución compatibles

Un sistema estandarizado de crédito debe estar sustentado por mecanismos que suministren métodos eficientes, transparentes y confiables para el recupero de la deuda, incluyendo el embargo y la venta de bienes muebles e inmuebles y la venta o cobro de bienes intangibles, como las deudas de terceros hacia el deudor.

Un sistema efectivo para ejecutar los créditos por deudas es crucial para un sistema crediticio en funcionamiento, especialmente para el crédito no garantizado.

La capacidad de un acreedor para tomar posesión de un bien del deudor, y venderlo para satisfacer la deuda es el medio más simple y efectivo de asegurar el pronto pago. Resulta mucho más efectivo que amenazar con un procedimiento de insolvencia, que a menudo exige un nivel de prueba y tiene una perspectiva de demora procesal que, salvo en casos extremos, lo hace parecer no creíble ante los deudores como método de cobro.

Si bien existen muchos créditos no garantizados que requieren un sistema efectivo de ejecución, en los países en desarrollo resulta especialmente importante contar con un sistema efectivo de ejecución para créditos garantizados. El crédito garantizado desempeña un rol importante en los países industriales, a pesar de la variedad de fuentes y tipos de financiación disponibles, tanto del mercado crediticio como del de capitales. En algunos casos, los mercados de valores pueden suministrar financiamiento más económico y atractivo. Pero los países en desarrollo ofrecen menos alternativas y los mercados de capitales por lo general son menos maduros que los mercados crediticios. Como resultado, la mayor parte del financiamiento se da en forma de deuda.

En los mercados con menores opciones y mayores riesgos, los prestamistas normalmente exigen garantías para reducir el riesgo de incumplimiento e insolvencia.

Sistemas de garantías.

Uno de los pilares de una economía de crédito moderna es la capacidad para poseer y transferir libremente derechos sobre bienes y otorgar una garantía real a los proveedores de créditos respecto de dichos intereses y derechos, como un medio para ganar acceso al crédito a precios más asequibles. Las garantías reales desempeñan un rol importantísimo en una economía de mercado de buen funcionamiento. La legislación relacionada con el crédito garantizado atenúa los riesgos de incumplimiento para los prestamistas incrementando, de ese modo, el flujo de capitales y facilitando la financiación a bajo costo. Las discrepancias e incertidumbres del marco legal que regulan los derechos de garantía son las principales razones de los altos costos y de la falta de acceso al crédito, particularmente en los países en desarrollo.

El marco legal para el préstamo garantizado aborda las características y elementos fundamentales para la creación, reconocimiento y ejecución de los derechos de garantía sobre todo tipo de activos: muebles e inmuebles, tangibles e intangibles,

incluyendo inventarios, valores por cobrar, beneficios y bienes futuros, y sobre universalidades de bienes; incluyendo garantías con o sin desplazamiento del bien gravado. El sistema legal debe contemplar la posibilidad de garantizar cualquiera o todas las obligaciones de un deudor hacia un acreedor, sean éstas presentes o futuras, y entre todo tipo de personas. Además, debe proporcionar reglas eficientes de publicidad y registro que se adapten a todo tipo de bienes, así como reglas claras de prelación entre los reclamos y derechos de quienes compiten sobre un mismo activo. A fin de que los derechos de garantía y la publicidad a terceros sean efectivos, aquéllos deben poder publicarse a costos razonables y la información resultar accesible para las partes interesadas. Un sistema registral confiable, asequible y público resulta, por lo tanto, fundamental a fin de promover las condiciones óptimas para el préstamo basado en garantías sobre activos gravados. Cuando existen varios registros, el sistema de registro debe estar integrado, en la medida de lo posible, de manera que todas las anotaciones, inscriptas según la legislación de las garantías reales, puedan ser recuperadas fácilmente.

Sistemas de ejecución.

Una economía moderna, basada en el crédito, requiere de la ejecución predecible, transparente y accesible tanto de créditos garantizados como no garantizados, por medio de mecanismos extraconcursales efectivos así como por sólidos sistemas concursales.

Estos sistemas deben diseñarse para trabajar en armonía. El comercio es un sistema de relaciones de negocios, basadas en acuerdos contractuales expresos o implícitos entre una empresa y una gran cantidad de acreedores y sectores. Aun cuando las operaciones comerciales se han tornado cada vez más complejas con el desarrollo de técnicas más sofisticadas de determinación de precios y administración de riesgos, los derechos básicos que gobiernan dichas relaciones y los procedimientos para ejecutar estos derechos no han cambiado mucho. Estos derechos permiten que las partes confíen en los acuerdos contractuales, favoreciendo la confianza que fomenta la inversión, el préstamo y el comercio. Inversamente, la incertidumbre acerca de la posibilidad de hacer cumplir los derechos contractuales aumenta el costo del crédito para compensar el riesgo incrementado de incumplimiento o, en casos de gravedad, conduce a la contracción del crédito.

Sistemas de información de créditos.

Una economía moderna basada en el crédito exige el acceso a información completa, precisa y confiable relativa al historial de pagos de los tomadores de crédito. Este proceso debe llevarse a cabo en un medio legal que proporcione el marco para la creación y operación de sistemas de información de crédito eficientes.

La utilización permitida de información proveniente de los sistemas de información de créditos debe estar claramente circunscripta, particularmente en lo referido a la información acerca de personas individuales. Los controles legales sobre el tipo de información reunida y distribuida por los sistemas de información de créditos suelen, a menudo, utilizarse para promover políticas públicas, incluyen-

do leyes antidiscriminatorias. Las preocupaciones relacionadas con la privacidad deben ser tratadas mediante: (i) notificaciones sobre la existencia de dichos sistemas, (ii) notificaciones acerca del momento en que la información de dichos sistemas es utilizada para tomar decisiones adversas, y (iii) brindando acceso a los sujetos cuya información de crédito está almacenada, reconociéndoles capacidad para impugnar y hacer corregir la información errónea o incompleta.

Debe implementarse un mecanismo efectivo de ejecución y supervisión que proporcione métodos eficientes, económicos, transparentes y predecibles para resolver las disputas referidas al funcionamiento de los sistemas de información de crédito, junto con sanciones adecuadas para fomentar el cumplimiento; si bien no deben ser demasiado rigurosas a fin de no desalentar las operaciones de dichos sistemas.

3.11. GARANTIAS REALES. PROYECTO DE GUIA LEGISLATIVA DE LA CNUDMI SOBRE OPERACIONES GARANTIZADAS.

3.11.1. OBJETIVOS CLAVE DE UN RÉGIMEN DE LAS OPERACIONES GARANTIZADAS EFICIENTE Y EFICAZ⁵⁹

El presente régimen debe estar pensado para:

- a) Promover la concesión de crédito financiero garantizado;
- b) Facilitar el pleno aprovechamiento del valor intrínseco de una amplia gama de bienes gravables para obtener crédito financiero en el marco de la más variada gama posible de operaciones garantizadas;
- c) Facilitar a los interesados la obtención de garantías reales por alguna vía sencilla y eficiente;
- d) Tratar por igual a todas las fuentes de crédito y a las diversas formas de operaciones garantizadas;
- e) Reconocer la validez de las garantías reales constituidas sobre bienes que permanecen en poder del otorgante;
- f) Obrar en aras de una mayor transparencia y previsibilidad en materia de bienes gravados para fines de garantía, mediante la inscripción de un aviso al respecto en un registro general de las garantías reales;
- g) Establecer un orden de prelación claro y previsible;
- h) Facilitar la realización del valor de toda garantía real de un acreedor por alguna vía previsible y eficiente;
- i) Compaginar los intereses de las personas que puedan verse afectadas;
- j) Reconocer la autonomía contractual de las partes;
- k) Armonizar los diversos regímenes legales de las operaciones garantizadas, así como las reglas de derecho internacional privado que sean aplicables en esta materia.

3.11.2. TERMINOS Y CONCEPTOS

⁵⁹ Documento de Naciones Unidas A/CN.9/631 del 25 al 12 de julio de 2007.

En el documento de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/CN.9/637 del 28 de setiembre de 2007, se enumeran los términos que se incorporan en el Proyecto de Guía legislativa sobre Operaciones Garantizadas de CNUDMI (UNCITRAL).

Las definiciones deberán interpretarse habida cuenta de las recomendaciones pertinentes. Los términos principales se definen de la siguiente manera:

- a) Por “acreedor garantizado” se entenderá todo acreedor que tenga un derecho de garantía. Si bien la transferencia pura y simple de un crédito por cobrar no garantiza el cumplimiento de una obligación, para facilitar las consultas el concepto englobará también al cesionario en una cesión pura y simple de un crédito por cobrar;
- b) Por “acreedor garantizado financiador de adquisiciones” (concepto utilizado tanto en el contexto del enfoque unitario como en el del enfoque no unitario) se entenderá todo acreedor garantizado que disponga de una garantía real para financiar adquisiciones. En el marco del enfoque unitario, el concepto engloba al vendedor con retención de la titularidad o al arrendador financiero (conceptos empleados en el contexto del enfoque no unitario);
- c) Por “acuerdo de compensación global” se entenderá todo acuerdo celebrado entre dos o más partes que contenga una o varias de las siguientes estipulaciones:
 - i) La liquidación neta de los pagos abonables en una misma moneda y vencidos en una misma fecha, ya sea por novación o de alguna otra forma;
 - ii) A raíz de la insolvencia o de otro tipo de incumplimiento de una de las partes en dicho acuerdo, la liquidación de todas las operaciones pendientes a su valor real de mercado o a su valor de sustitución, para la conversión de las sumas resultantes a una sola moneda y a un único saldo neto que una de las partes abonará a la otra; o
 - iii) La compensación de los saldos calculados en la forma indicada en el inciso ii) de la presente definición que sean adeudados en virtud de dos o más acuerdos de compensación global.
- d) Por “acuerdo de garantía” se entenderá un acuerdo concertado entre un otorgante y un acreedor, cualquiera que sea su forma o su terminología, en virtud del cual se constituya una garantía real. Si bien una transferencia pura y simple de un crédito por cobrar no garantiza el cumplimiento de una obligación, para facilitar las consultas, el concepto englobará también un acuerdo de cesión pura y simple de un crédito por cobrar;
- e) Por “bien corporal” se entenderá todo tipo de bienes muebles físicos. Entrarán en esta categoría las existencias, los bienes de equipo, los bienes incorporados o accesorios fijos, los títulos negociables, los documentos negociables y el dinero;
- f) Por “bien de consumo” se entenderá todo bien que el otorgante utilice o que se proponga utilizar para fines personales, familiares o domésticos;
- g) Por “bien de equipo” se entenderá todo bien corporal que una persona haya de utilizar en la explotación de su empresa;
- h) Por “bien incorporado a un bien inmueble” se entenderá todo bien corporal que esté tan firmemente adherido o incorporado a un bien inmueble que, a pesar de no haber perdido su identidad propia, se le considera como si fuese un bien inmueble conforme a la legislación del Estado en que se encuentre;

- i) Por “bien incorporado a otro bien mueble” se entenderá todo bien corporal que esté adherido o incorporado a otro bien corporal, pero que no haya perdido su identidad propia;
- j) Por “bien inmaterial” se entenderá todo tipo de bienes muebles que no sean corporales, así como los derechos inmateriales, los créditos por cobrar y los derechos al cumplimiento de obligaciones que no sean créditos por cobrar;
- k) Por “bien gravado” se entenderá el bien mueble corporal o inmaterial sobre el que se haya constituido una garantía. Este concepto engloba también el crédito por cobrar que haya sido objeto de una transferencia pura y simple;
- l) Por “cedente” se entenderá la persona que ceda un crédito por cobrar;
- m) Por “cesión” se entenderá la constitución de una garantía real sobre un crédito por cobrar que respalda su pago o el cumplimiento de otra obligación. Si bien una cesión que sea una transferencia pura y simple no garantiza el pago ni el cumplimiento de otra obligación, para facilitar las consultas, el término englobará también la transferencia pura y simple de un crédito⁵;
- n) Por “cesión subsiguiente” se entenderá toda cesión realizada por el cesionario inicial o por cualquier otro cesionario⁶. En toda cesión subsiguiente, la persona que haga tal cesión será el cedente y la persona a la que sea hecha será el cesionario;
- o) Por “cesionario” se entenderá la persona a quien se ceda un crédito por cobrar;
- p) Por “confirmante” se entenderá un banco u otra persona que agregue su propia promesa independiente a la del garante/emisor.

De conformidad con el artículo 6 e) de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, una confirmación proporciona al beneficiario la opción de exigir el pago del confirmante con arreglo a las condiciones de la promesa independiente confirmada, y no del garante/emisor;

- q) Por “conocimiento” se entenderá todo dato o información real, y no fruto de una deducción, que se posea;
- r) Por “contrato financiero” se entenderá toda operación al contado, a plazo, de futuros, de opción o de permuta financiera relativa a tipos de interés, productos básicos, monedas, acciones, obligaciones, índices u otros instrumentos financieros, toda operación de préstamo o de recompra o rescate de valores negociables, y cualquier otra operación similar a alguna de las anteriormente mencionadas que se concierte en un mercado financiero, así como toda combinación de las operaciones anteriormente mencionadas;
- s) Por “contrato originario” se entenderá, en el contexto de un crédito por cobrar establecido mediante contrato, el contrato celebrado entre el cedente y el deudor del crédito por cobrar del que nazca el crédito;
- t) Se tiene “control” con respecto al producto de una promesa independiente:
 - i) Automáticamente al constituirse la garantía real si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada son el acreedor garantizado, o
 - ii) Si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada han hecho un reconocimiento en favor del acreedor garantizado;
- u) Se goza de “control” con respecto a un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria:

- i) Automáticamente al constituirse una garantía real si el banco depositario es el acreedor garantizado;
- ii) Si el banco depositario ha celebrado un acuerdo de control con el otorgante y con el acreedor garantizado, corroborado por un escrito firmado, en virtud del cual el banco depositario haya accedido a seguir las instrucciones del acreedor garantizado con respecto al pago de fondos acreditados en la cuenta bancaria sin necesidad del consentimiento del otorgante;
- iii) Si el acreedor garantizado es el titular de la cuenta.
- v) Por “crédito por cobrar” se entenderá todo derecho al cumplimiento de una obligación monetaria, a excepción de los derechos de cobro documentados por un título negociable, todo derecho a percibir el producto de una promesa independiente y todo derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria;
- w) Por “cuenta bancaria” se entenderá toda cuenta que se mantenga en un banco y en la cual se puedan depositar o acreditar fondos. La expresión abarca las cuentas corrientes, las cuentas de ahorro y los depósitos a plazo fijo. Este concepto no incluye los créditos frente a un banco documentados por un título negociable;

El concepto engloba también el derecho al pago de fondos transferidos al banco a modo de reembolso anticipado de una futura obligación de pago a la que el banco se haya comprometido y el derecho al pago de fondos transferidos al banco a modo de garantía en efectivo para respaldar una obligación adeudada al banco cuando el cedente de esos fondos tenga un crédito sobre esos fondos si, en virtud del derecho interno, la obligación del banco es una cuenta bancaria.

x) Por “derecho al arrendamiento financiero” (concepto utilizado únicamente en el contexto del enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones) se entenderá el derecho de un arrendador sobre un bien corporal (que no sea un título negociable ni un documento negociable) que sea objeto de un contrato de arrendamiento, al final de cuyo plazo:

- i) El arrendatario pasa automáticamente a ser el propietario del bien corporal que sea objeto del arrendamiento;
- ii) El arrendatario podrá adquirir la propiedad del bien mediante el pago de un precio no superior al precio nominal; o
- iii) El bien sólo tiene un valor residual nominal.

El concepto incluye también un acuerdo de arrendamiento con opción de compra, aun cuando no sea denominado “arrendamiento”, siempre y cuando cumpla los requisitos de los incisos i), ii) o iii);

y) Por “derecho a la retención de la titularidad” (expresión utilizada únicamente en el contexto del enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones), se entenderá el derecho de un vendedor sobre un bien corporal (que no sea un título negociable ni un documento negociable), conforme a un acuerdo con el comprador en virtud del cual la titularidad de ese bien no se transfiere (o no se transfiere irrevocablemente) del vendedor al comprador hasta que se haya abonado la parte no pagada del precio de compra del bien;

z) Por “derecho a percibir el producto de una promesa independiente” se entenderá el derecho a recibir un pago vencido, un giro aceptado o un pago diferido al que alguien se haya comprometido, o todo otro objeto de valor similar, que deberá pagar o entregar en cada caso el garante/emisor, el confirmante o la persona designada

que entregue valor a cambio del derecho a cobrar una promesa independiente. La expresión engloba asimismo el derecho a percibir el pago derivado de la compra, por parte de un banco comercial, de un título negociable o de un documento negociable al ser uno de éstos presentado conforme proceda. La definición de ese concepto no abarca:

- i) El derecho a cobrar en virtud de una promesa independiente; ni
- ii) Lo que se perciba al ser aceptada una promesa independiente;

Una garantía real sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente (como bien gravado originario) es distinta de una garantía real sobre el “producto” (concepto clave de la Guía) dimanante de bienes abarcados por la Guía (véanse la definición del concepto de “producto” y la recomendación 19). Así pues, lo que se perciba a raíz de una presentación, realizada conforme a lo estipulado, de una promesa independiente constituye el “producto” del derecho al cobro del producto de una promesa independiente.

aa) Por “deudor” se entenderá la persona a la que corresponda cumplir la obligación garantizada, lo cual incluye a los obligados secundarios, como, por ejemplo, al garante de una obligación garantizada. El deudor no es necesariamente la persona que constituye la garantía real (véase la definición del término “otorgante”);

bb) Por “deudor del crédito por cobrar” se entenderá toda persona a quien corresponda pagar un crédito por cobrar. El “deudor del crédito por cobrar” puede ser un garante, u otra persona que sea subsidiariamente responsable del crédito.

El garante en una garantía accesoria no es solamente el deudor de un crédito por cobrar, cuyo pago haya garantizado, sino también el deudor de un crédito constituido en virtud de una garantía, puesto que una garantía accesoria es de por sí un crédito por cobrar (es decir, existen dos créditos por cobrar);

cc) Por “dinero” se entenderá toda moneda actualmente autorizada y, por tanto, con curso legal en cualquier Estado como de curso legal. El término no engloba los fondos acreditados en una cuenta bancaria ni los títulos negociables, como, por ejemplo, los cheques;

dd) Por “documento negociable” se entenderá todo documento, como, por ejemplo, un resguardo de almacén o un conocimiento de embarque, que comporte un derecho a la entrega de bienes corporales y que cumpla los requisitos de negociabilidad en virtud del régimen aplicable a los documentos negociables;

ee) Por “emisor” de un documento negociable se entenderá la persona que esté obligada a entregar los bienes corporales abarcados por el documento sujeto a la ley que rija los documentos negociables;

ff) Por “existencias” se entenderán todos los bienes corporales almacenados para su venta o arriendo en el curso ordinario de los negocios del otorgante, así como las materias primas y los bienes semielaborados (en fase de elaboración);

gg) Por “garante/emisor” se entenderá el banco o toda otra persona que otorgue una promesa independiente;

hh) Por “garantía real” se entenderá un derecho de propiedad sobre bienes muebles que se constituya mediante un acuerdo y que garantice el pago u otro tipo de cumplimiento de una obligación, independientemente de que las partes lo hayan calificado o no de garantía real. En el contexto del enfoque unitario de la financiación de adquisiciones, la expresión engloba tanto las garantías reales del pago de adquisi-

ciones como las no destinadas a adquisiciones. En el contexto del enfoque no unitario, el concepto no incluye ningún derecho de retención de la titularidad ni de arrendamiento financiero. Si bien una cesión pura y simple de un crédito por cobrar no garantiza el pago ni otro tipo de cumplimiento de una obligación, para facilitar las consultas, el concepto de “garantía real” incluirá el derecho del cesionario en virtud de una cesión pura y simple de un crédito. Dicho concepto no abarca los derechos personales ejercitables frente a un garante u otra persona responsable del pago de la obligación garantizada;

ii) Por “garantía real del pago de una adquisición” (concepto utilizado tanto en el contexto del enfoque unitario como en el del enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones) se entenderá una garantía real constituida sobre bienes corporales (que no sean ni títulos negociables ni documentos negociables), que respalde la obligación de pagar cualquier parte no abonada del precio de compra de los bienes o una obligación contraída o un crédito otorgado para facilitar al otorgante la adquisición de tales bienes. Una garantía real del pago de una adquisición no tiene que denominarse necesariamente así. En el enfoque unitario, el concepto engloba los derechos que sean derechos a la retención de la titularidad o derechos al arrendamiento financiero (conceptos empleados en el enfoque no unitario);

jj) Por “masa de la insolvencia” se entenderá todo el conjunto de bienes y derechos del deudor que estén bajo el control o la supervisión del representante de la insolvencia y sujetos al procedimiento de insolvencia;

kk) Por “masa o producto” se entenderá los bienes corporales que no sean dinero, que estén tan estrechamente unidos a otros bienes corporales, o mezclados con ellos, que hayan perdido su identidad propia;

ll) Por “notificación” se entenderá toda comunicación hecha por escrito;

mm) Por “notificación de la cesión” se entenderá la comunicación hecha por escrito en la que se especifiquen suficientemente los créditos cedidos y la identidad del cesionario;

nn) Por “obligación garantizada” se entenderá toda obligación cuyo cumplimiento esté amparado por una garantía real;

oo) Por “operación garantizada” se entenderá toda operación por la que se constituya una garantía real. Si bien una cesión pura y simple no garantiza el cumplimiento de una obligación, para facilitar las consultas, el concepto definido englobará también las cesiones puras y simples de créditos por cobrar;

pp) Por “otorgante” se entenderá toda persona que constituya una garantía real con objeto de respaldar su propia obligación o la de otra persona. Con arreglo al enfoque unitario de la financiación de adquisiciones, el “otorgante” de una garantía real del pago de una adquisición incluye al comprador con retención de la titularidad y al arrendatario financiero. Si bien el cedente en una cesión pura y simple de un crédito por cobrar no cede el crédito para garantizar el cumplimiento de una obligación, a fin de facilitar las consultas, el término “otorgante” englobará también al cedente en una cesión pura y simple de un crédito por cobrar;

qq) Por “persona designada” se entenderá el banco o toda otra persona identificada por su nombre o categoría en una promesa independiente (por ejemplo, “un banco en el país X”) que haya sido designada para entregar un valor en virtud de una promesa independiente y que actúe en cumplimiento de esa designación y,

en el caso de una promesa independiente libremente disponible, cualquier banco u otra persona;

rr) Por “posesión” se entenderá (salvo en la forma en que se utiliza el término en las recomendaciones 28 y 51 a 53 con respecto al emisor de un documento negociable) la posesión efectiva de bienes corporales por una persona o por un agente o empleado de ésta, o bien por una persona independiente que reconozca que los conserva en nombre de tal persona. Este concepto no abarca la posesión no efectiva, que se describa con términos como deducible, ficticia, supuesta o simbólica;

ss) Por “prelación” se entenderá el derecho de una persona a obtener un beneficio económico de su garantía real sobre un bien gravado con preferencia respecto de todo otro reclamante concurrente;

tt) Por “procedimiento de insolvencia” se entenderá todo procedimiento colectivo, sujeto a la supervisión de un tribunal de la insolvencia, que se entable tanto a efectos de una reorganización como para una liquidación;

uu) Por “producto” se entenderá todo lo recibido que dimane de los bienes gravados, inclusive lo que se perciba a raíz de la venta o de otro acto de disposición o del cobro de los bienes gravados, de su arriendo o de una licencia otorgada sobre ellos, el producto del producto, los frutos civiles y naturales, los dividendos que reporten, las distribuciones correspondientes, las sumas abonadas por compañías de seguros a título de indemnización y las reclamaciones presentadas en concepto de defectos que presenten bienes gravados, de los daños que hayan sufrido y de la pérdida de los bienes en sí;

vv) Por “promesa independiente” se entenderá toda carta de crédito (comercial o contingente), la confirmación de una carta de crédito, una garantía independiente (con inclusión de la pagadera a su reclamación o a su primera reclamación o, una contragarantía) o cualquier otra promesa reconocida como independiente por determinadas leyes o prácticas, como, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías y Cartas de Crédito Contingente, las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, las Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente y las Reglas Uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación;

ww) Por “propiedad intelectual” se entenderá los derechos de autor, las marcas de fábrica, las patentes, las marcas de servicio, los secretos industriales y los diseños industriales, así como cualquier otro bien que se considere propiedad intelectual de conformidad con el derecho interno del Estado promulgante o algún acuerdo internacional en el que sea parte.⁶⁰

3.11.3. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES⁶¹

Tal como ocurre en relación con cualquier otro acuerdo, las cuestiones como la formación, la interpretación, los efectos, el incumplimiento y la resolución de un acuerdo de garantía están sujetas al derecho general de los contratos y las obliga-

⁶⁰ Documento de Naciones Unidas A/CN.9/637 del 28/09/2007, Terminología y recomendaciones del proyecto de Guía Legislativa de la CNUDMI sobre operaciones garantizadas

⁶¹ Documento de Naciones Unidas A/CN.9/637/Add2, del 10 al 14 de diciembre de 2007.

ciones. Además, dado que en el acuerdo de garantía se consigna lo acordado entre el otorgante y el acreedor garantizado, los acuerdos de garantía suelen estar sujetos a normas especiales que regulan tales acuerdos. Por lo general, esto significa, en particular, que un acuerdo de garantía será oponible entre las partes aunque no lo sea frente a terceros.

El contenido fundamental de un acuerdo de garantía variará en función de las necesidades y los deseos de las partes. Generalmente, las cláusulas de los acuerdos de garantía abordan tres temas principales.

En primer lugar, se insertan en el acuerdo algunas disposiciones porque forman parte de los requisitos imperativos para constituir una garantía real. Por ejemplo, las reglas relativas a la identificación de los bienes gravados y a la obligación garantizada podrían entrar en esta categoría. La Guía recomienda que los requisitos formales exigidos para la constitución de una garantía real oponible entre las partes sean mínimos y de fácil cumplimiento.

En segundo lugar, un acuerdo de garantía contendrá también, de ordinario, varias cláusulas en las que se especificarán los derechos y obligaciones de las partes una vez que el acuerdo haya adquirido eficacia entre ellas. Muchas de esas cláusulas regulan las consecuencias de un incumplimiento por parte del otorgante o de la violación de una obligación por parte del acreedor garantizado. Con frecuencia los supuestos que constituyen un incumplimiento por parte del otorgante y los recursos de que dispone el acreedor garantizado para hacer cumplir las cláusulas del acuerdo de garantía se enumeran detalladamente. Los importantes efectos que la ejecución puede tener en los derechos de los terceros ha inducido habitualmente a los Estados a especificar con cierto detalle una serie de normas de carácter imperativo para regir el incumplimiento y la ejecución. Con esas normas imperativas se pretende por lo general proteger los derechos de los otorgantes y de los terceros. Como normas imperativas, prevalecerán necesariamente sobre cualquier cláusula del acuerdo de garantía que especifique derechos y recursos contradictorios del acreedor, a menos que el otorgante renuncie a ellos tras el incumplimiento, o si el acreedor garantizado renuncia a ellos en cualquier momento (véase la recomendación 130). Sin embargo, de no haber ningún conflicto, las cláusulas enunciadas en el acuerdo de garantía regirán la relación entre las partes tras el incumplimiento.

En tercer lugar, los acuerdos de garantía suelen contener una serie de disposiciones cuya finalidad es regular aspectos de la relación entre las partes después de la constitución de la garantía pero antes de todo incumplimiento.

A menudo, para la eficiencia y la previsibilidad en las operaciones garantizadas, es preciso prever además cláusulas detalladas suplementarias que rijan los aspectos que afecten el curso de la operación. Muchos Estados alientan activamente a las partes a formular las cláusulas del acuerdo de garantía de forma que se cumplan sus propios requisitos. No obstante, al igual que en el caso de los derechos y obligaciones posteriores al incumplimiento, esos mismos Estados elaboran también diversas normas imperativas referentes a los derechos y obligaciones con anterioridad al incumplimiento (especialmente cuando algún tercero pueda verse afectado).

Dicho esto, a fin de ofrecer a los otorgantes y a los acreedores garantizados la máxima flexibilidad para formular su acuerdo del modo más adecuado a sus ne-

cesidades, los Estados suelen dar un relieve mínimo a esas normas imperativas para antes del incumplimiento.

Si bien los Estados son en general renuentes a imponer una amplia gama de normas imperativas para regir los derechos y obligaciones con anterioridad al incumplimiento, tienen, en cambio, interés en dar orientación a los otorgantes y a los acreedores garantizados. En efecto, muchos Estados promulgan un número mayor o menor de normas no imperativas (o supletorias) que resultan aplicables si las partes no especifican otra cosa en su acuerdo de garantía.

3.11.4. PRINCIPIOS

3.11.4.1. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

El análisis que figura a continuación se centra en tres cuestiones normativas.

La primera de ellas, guarda relación con el principio de la autonomía contractual de las partes y el grado en que éstas deberían tener libertad para formular las cláusulas de sus respectivos acuerdos de garantía (dando por sentado que el acuerdo cumple con los requisitos sustantivos y formales exigidos para la constitución de una garantía real).

La segunda cuestión, se refiere a las normas imperativas que deberían regir los derechos y las obligaciones de los otorgantes y de los acreedores garantizados antes de todo incumplimiento.

Por último, en la tercera, trata del tipo de normas no imperativas que cabría incluir en los regímenes modernos de las operaciones garantizadas.

El principio de la autonomía contractual de las partes tiene dos vertientes distintas cuando se aplica a los derechos y obligaciones antes de todo incumplimiento. La primera vertiente concierne a los Estados. Si bien éstos deberían poder promulgar normas imperativas que rigieran los rasgos fundamentales de las operaciones que concertaran las partes, sería preciso que el número de tales disposiciones fuera limitado y que se expusiera claramente su alcance. La segunda vertiente es la de los efectos que el otorgante y el acreedor garantizado tratan de conseguir mediante su acuerdo. Toda cláusula que haga excepción a reglas no imperativas o que las modifique, o que guarde relación con cuestiones no abordadas en las reglas supletorias de un Estado, vinculará únicamente a las partes propiamente dichas y, salvo lo dispuesto por los principios generales del derecho de los contratos y obligaciones no afectará a los derechos de los terceros.

Con frecuencia, el otorgante y el acreedor garantizado especifican al menos seis dimensiones del acuerdo previas a todo incumplimiento:

- a) Los bienes que vayan a gravarse y las condiciones en que bienes inicialmente no gravados puedan quedar más adelante sujetos a gravamen;
- b) La obligación que se ha de garantizar conforme al acuerdo (inclusive obligaciones futuras);

- c) Lo que el otorgante puede y no puede hacer con los bienes gravados (e particular, el derecho de utilizar, transformar, percibir los frutos e ingresos dados por los bienes o enajenar dichos bienes);
- d) En qué momento y de qué modo el acreedor podrá obtener la posesión de los bienes gravados antes de un incumplimiento, así como los derechos obligaciones que tiene el acreedor sobre los bienes gravados que se encuentren en su posesión;
- e) Una serie de declaraciones hechas, garantías dadas y obligaciones asumidas por el otorgante; y
- f) Los hechos determinantes del incumplimiento (principalmente por parte del otorgante, pero también por parte del acreedor garantizado) de conformidad con el acuerdo.

3.11.4.2. NORMAS IMPERATIVAS

Esas normas imperativas deberían: a) expresarse en un lenguaje claro; b) redactarse en términos precisos y limitativos, de modo que no fueran de aplicación general; y c) al igual que las reglas similares en el contexto posterior a un incumplimiento, basarse en los motivos reconocidos de orden público, como la buena fe, el trato equitativo y una actuación razonable desde el punto de vista comercial

Las reglas imperativas aplicables antes de un incumplimiento que se recomiendan en la Guía obedecen a objetivos de estrategia concordantes con lo que se ha definido como principios básicos de un régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas.

En estas reglas se enuncian los derechos y obligaciones previos a un incumplimiento que a) alientan a las partes que estén en posesión de los bienes gravados a preservar su valor; y b) garantizan que una vez pagada la obligación, el otorgante recupere el pleno uso y disfrute de los bienes anteriormente gravados.

Entre ellas se pueden mencionar:

- deber de conservar los bienes gravados en buen estado;
- obligación de preservar el valor de los bienes gravados;
- deber de devolver los bienes gravados y de cancelar toda notificación inscrita.

3.11.4.3. NORMAS NO IMPERATIVAS

Existen al menos cuatro razones por las que los Estados posiblemente decidan establecer un conjunto de reglas no imperativas.

Primera razón: si los derechos y las obligaciones se distribuyen entre el acreedor garantizado y el otorgante de una manera con la que ellos mismos estarían probablemente conformes, habida cuenta de los propósitos fundamentales de un régimen de las operaciones garantizadas, un conjunto de reglas no imperativas contribuye a reducir los gastos de las operaciones, eliminando la necesidad de que las partes negocien y elaboren nuevas disposiciones, pues ya estarán adecuadamente previstas en esas reglas. En este caso, las reglas no imperativas constituyen cláusulas implícitas o supletorias (es decir, aplicables de no existir convenio en contrario),

las cuales se consideran parte del acuerdo de garantía, a no ser que en éste se exprese una intención contraria. Como ejemplo de tal cláusula implícita cabría citar el caso de una regla que permita al acreedor garantizado que esté en posesión del bien gravado retener los ingresos dimanantes del bien y utilizarlos directamente para el pago de la obligación garantizada.

Segunda razón: incluso las partes mejor aconsejadas y más experimentadas no pueden prever con exactitud lo que sucederá. Por muy minuciosamente que esté elaborado un acuerdo, habrá circunstancias impredecibles. Para obviar la necesidad de una decisión judicial o arbitral que colme esas lagunas en el acuerdo cuando surjan y para reducir el número de posibles controversias, los Estados suelen establecer reglas básicas de caracterización. Estas reglas no imperativas remiten a las partes a otros principios jurídicos más generales, a los que cabe recurrir para hallar la forma de resolver los problemas imprevistos. Un ejemplo de tal regla es la que prescribe que el otorgante de una garantía real sigue siendo el titular del derecho sustantivo (sea éste de propiedad, de rango inferior a la propiedad o un derecho personal) sobre el cual se haya constituido la garantía. En consecuencia, al hacer frente a un hecho determinado imprevisto, las partes pueden partir del principio de que sigue correspondiendo al otorgante ejercitar todo derecho que no se haya asignado específicamente al acreedor garantizado.

Tercera razón: con una elaboración legislativa relativamente completa de los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento se aumenta la eficacia y la previsibilidad al canalizarse la atención de las partes hacia las cuestiones que deberían tomar en consideración al negociar su acuerdo. Diversas reglas supletorias que las partes puedan excluir les podrán servir de ayuda para la redacción, al ofrecerles una lista de referencia sobre los puntos que posiblemente convenga considerar a la hora de finalizar el acuerdo de garantía. Aunque las partes decidan modificar las reglas no imperativas establecidas a fin de lograr mejor sus objetivos, el hecho de haberles prestado atención da la seguridad de que esas reglas se han tenido en cuenta y no se han dejado de lado por inadvertencia.

Por último, las reglas no imperativas permiten que el principio de autonomía contractual de las partes resulte más eficaz. Esta ventaja se pone especialmente de manifiesto en las operaciones a largo plazo en que las partes no pueden prever todas las eventualidades. Dichas reglas favorecen la flexibilidad y reducen los gastos de cumplimiento. Por ejemplo el hecho de considerar el acuerdo ya completo y luego pedir a las partes formalicen todas las modificaciones y enmiendas subsiguientes introducidas en el acuerdo no hace sino imponer al otorgante gastos adicionales para tales operaciones. Dado que se trata de reglas no imperativas, las partes siempre podrán excluir su aplicación mediante una estipulación contractual, como por ejemplo una cláusula que disponga que en un determinado documento escrito está consignado el acuerdo en su totalidad y que no se permitirán modificar.

3.11.5. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE TERCEROS DEUDORES

Cuando el bien gravado en una operación garantizada consiste en un derecho frente a un tercero, tal operación forzosamente es más complicada que cuando tal

bien es un simple objeto, como, por ejemplo, un elemento de equipo. Tales derechos frente a terceros pueden ser “créditos por cobrar”, “títulos negociables”, “documentos negociables”, “derechos sobre el producto de una promesa independiente” y “derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria”.

Aunque estos derechos frente a terceros se diferencian entre sí en aspectos importantes, tienen en común un rasgo fundamental: el valor del bien gravado es el derecho al cumplimiento cabal por parte de un tercero deudor (es decir, un tercero que tiene una obligación frente al otorgante).

3.11.6. EJECUCIÓN DE UNA GARANTIA REAL

Por lo general, toda parte en un acuerdo confía en que la otra parte cumpla voluntariamente todas sus obligaciones, ya sean obligaciones entre ellas o frente a terceros y ya sean nacidas de su contrato o en virtud de la ley. Únicamente cuando hay incumplimiento de una de esas obligaciones, la otra parte habrá de considerar la posibilidad de recurrir a la ejecución forzosa o por vía judicial de la obligación incumplida. Los Estados suelen esmerarse al diseñar un régimen ejecutorio para toda demanda civil ordinaria que ampare por igual los derechos del deudor, del acreedor y de todo tercero afectado. En la mayoría de Estados, esos regímenes requieren que un acreedor que trata de exigir el cumplimiento de una obligación interponga una demanda judicial para que se le reconozca su derecho, y se proceda a embargar los bienes del deudor con miras a venderlos bajo la supervisión de alguna autoridad. Con el producto de la venta, se resarcirá el crédito pendiente del acreedor judicial frente al deudor judicial.

Las partes en un acuerdo de garantía obran con expectativas similares.

Normalmente un acreedor garantizado supone que el otorgante cumplirá voluntariamente sus obligaciones, y un otorgante confía en que el acreedor garantizado cumpla toda obligación que haya contraído. Ambos conciertan la operación con la expectativa y la intención firmes de cumplir sus obligaciones mutuas. Pero, al mismo tiempo, ambos son conscientes de que pueden darse supuestos en que no podrán cumplirlas. En ocasiones el acreedor garantizado no efectuará el pago prometido o no devolverá cierto bien al otorgante al cumplirse la condición acordada para ello. En esos casos, el otorgante tomará normalmente pie en lo mutuamente acordado para recurrir a los tribunales con miras a hacer valer su derecho. Pero lo más usual es que sea el otorgante quien sea incapaz de cumplir lo que prometió (es decir, de devolver el crédito en los términos del acuerdo). Unas veces esa incapacidad de cumplir lo prometido se deberá a razones ajenas a la voluntad del otorgante, como una mala coyuntura en un sector o una evolución desfavorable de la economía general. Otras veces podrá deberse a algún impago del deudor del propio otorgante, así como a alguna falta de discernimiento comercial o acto de mala gestión del otorgante.

Cualquiera que sea el motivo, y aun cuando haya habido más de un impago, va en interés de ambas partes en un acuerdo de garantía y de todo tercero en general, que el otorgante intente efectuar esos pagos y cumpla sus obligaciones voluntariamente. La vía ejecutoria nunca es tan eficaz como el cumplimiento voluntario, por ser costosa, llevar tiempo, ser de resultado incierto, ocasionar normalmente la

ruptura completa de la relación entre las partes y tener para otorgantes y terceros consecuencias a largo plazo que suelen ser ruinosas. Por ello muchos Estados alienan activamente a las partes en un acuerdo de garantía a que tomen toda medida oportuna para evitar un incumplimiento que obligue a recurrir a la ejecución obligatoria. Además, esa es la razón por la que los acreedores garantizados vigilan con frecuencia de cerca la actividad comercial de sus otorgantes. Por ejemplo, examinan periódicamente sus libros de contabilidad, inspeccionan los bienes gravados y se ponen en contacto con todo otorgante que parezca encontrarse en dificultades financieras. Los otorgantes que tienen problemas para cumplir sus obligaciones suelen cooperar con sus acreedores garantizados para acordar modos de evitar o superar sus dificultades. En algunos casos un otorgante puede pedir ayuda a un acreedor garantizado para crear un nuevo plan comercial. En otros casos, el otorgante y el acreedor garantizado, o el otorgante y el conjunto de sus acreedores, pueden intentar oficiosamente reajustar ciertos aspectos de sus acuerdos.

Hay muchos tipos de acuerdo de reajuste de la deuda. A veces las partes llegan a un arreglo “de reajuste comercial o financiero” por el que se prorroga el plazo de pago, se modifica de algún otro modo la obligación del otorgante o se aumenta o reduce la cantidad de bienes gravados que garantizan esas obligaciones. Toda negociación para llegar a un arreglo comercial se verá influida por dos factores dominantes: a) el derecho de todo acreedor garantizado a ejecutar su garantía real sobre los bienes gravados si el deudor incumple su obligación garantizada, y b) la posibilidad de que se abra un procedimiento de insolvencia por el otorgante o contra él.

No obstante, a pesar de todos los esfuerzos del otorgante y del acreedor garantizado por evitar la ejecución obligatoria, a veces ésta es inevitable. En consecuencia, una de las cuestiones clave a que se enfrentan los Estados que vayan a promulgar un régimen de las operaciones garantizadas es la de definir el alcance de los derechos ejercitables por el acreedor a raíz del incumplimiento. Más concretamente, se trata de saber qué modificaciones, de haber alguna, deberá hacer un Estado en el régimen legal general de su vía judicial ejecutoria, para adaptarlo a la ejecución de una garantía real en el supuesto de que el otorgante no cumpla la obligación garantizada.

La esencia de todo régimen de las operaciones garantizadas reside en el derecho del acreedor garantizado a utilizar la suma realizable con la venta de los bienes gravados para satisfacer la obligación garantizada. Una vía ejecutoria que permita que el acreedor prevea con precisión el tiempo y las costas que entrañará la enajenación de los bienes gravados, así como el producto que es probable que perciba a raíz de dicho proceso, influirá notablemente en la disponibilidad y el precio del crédito otorgado. Por consiguiente, todo régimen legal de las operaciones garantizadas debe prever una vía procesal y sustantiva eficiente, económica y previsible para la ejecución de una garantía real a raíz de que el otorgante incumpla sus obligaciones. Al mismo tiempo, como dicha ejecución afectará directamente a los derechos del otorgante, de otras personas con alguna garantía sobre los bienes gravados y de los demás acreedores del otorgante, esas normas deben prever salvaguardas razonables que amparen esos derechos.

Todas las partes interesadas se benefician de que se obtenga la suma lo más alta posible de la venta de los bienes gravados. El acreedor garantizado se beneficia

de la posible reducción de la cantidad que el otorgante pueda quedar debiendo como obligación no garantizada tras haber destinado el producto de la venta a satisfacer la obligación garantizada (“suma pendiente”). Por su parte, el otorgante y el resto de sus acreedores se benefician de toda suma pendiente menor o de toda suma mayor que sobre tras el pago de la obligación garantizada (“excedente”).

3.11.7. PRINCIPIOS GENERALES DE LA VIA EJECUTORIA

- El incumplimiento como requisito previo a toda medida de ejecución;
- Ejecución judicial o extrajudicial;
- La buena fe y el buen sentido comercial;
- Autonomía de la voluntad para aceptar el proceso de ejecución;
- Extinción de la garantía real tras el pago total de la obligación garantizada.

CAPITULO 4

PRIVILEGIOS

4.1. PRINCIPIOS GENERALES

Dispone el art. 3875 del Código Civil que “*El derecho dado por la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro, se llama en éste Código privilegio*”.

Se ha dicho que “la quiebra es sinónimo de derrota”, y “como en la misma están involucrados los acreedores, la ley concursal comenzó por establecer, como principio, una situación de igualdad -la *pars conditio*- a fin de contener los abusos, en detrimento del conjunto pasivo”.

Tal principio, explican Bonfanti y Garrone, “más que igualdad significa igualdad”, lo cual constituye “una tendencia neta pero con varias excepciones (en la ley y en la práctica) que, no por ello, la desvirtúan. Una de las excepciones al mismo –quizás la de mayor importancia- es la de los privilegios, cuestión que si bien es general en el derecho, adquiere particular relevancia en la quiebra”.⁶²

“La existencia de los privilegios se basa en diversas razones, que pueden ser históricas, de justicia, jurídicas, económicas y hasta prácticas”.⁶³

La Exposición de Motivos de la ley 19.551, señalaba que “los otros privilegios que pudieran estar determinados por las leyes civiles no son aplicables a los concursos”.

En la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras, el art. 239 establece que: “Existiendo concurso, sólo gozarán de privilegio los créditos enumerados en este Capítulo, y conforme a sus disposiciones ...”.

“El sistema nacional de una doble legislación en la materia fue iniciado por el Código de Comercio de 1859/62, el que reglamentó en forma detallada los privilegios en la quiebra. Posteriormente, las reformas de 1889; 1902 (ley 4156) y 1933 (ley 11.719) continuaron con esa práctica, a pesar de que el Código Civil se ocupa, en detalle, de los mismos”.⁶⁴

Ese derecho de preferencia, puede hacerse valer tanto en la ejecución singular (tercería de mejor derecho), como en la ejecución colectiva concursal, donde adquiere mayor relevancia, por cuanto pone en marcha un mecanismo complejo que permite cobrarse a algunos acreedores antes que a otros, cuando el patrimonio del deudor no alcanza para satisfacer todas sus deudas.

Los privilegios “...no pueden resultar sino de una disposición de la ley...” (art. 3876, Cód. Civil), no pudiendo en consecuencia ser creados por las partes mediante convención.

Asimismo, sólo pueden ser establecidos por la legislación nacional sin que se admita su creación por los estados provinciales al margen de la legislación gene-

⁶² Bonfanti, Mario A. y Garrone, José A., *Concursos y quiebras*, 2da. edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974, pág. 761.

⁶³ García Martínez, Roberto, *Derecho Concursal*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 585.

⁶⁴ Bonfanti, Mario A. y Garrone, José A., op. cit. en Nota 1, pág. 762.

ral. Son de interpretación restrictiva, y no pueden declararse por analogía.⁶⁵ Ni la voluntad de las partes ni los jueces pueden crear los privilegios, que solo puede establecer el legislador; “el privilegio es indivisible y tiene carácter personal”.⁶⁶ Naturalmente, por ley “debe entenderse la ley o leyes que dicta el Congreso para toda la nación”.⁶⁷

En definitiva, “rigen en materia de privilegios concursales los conocidos principios de *legalidad e interpretación restrictiva*. También el principio según el cual el privilegio solo comprende al capital, no extendiéndose a los intereses, ni a los gastos y costas”.⁶⁸

Según García Martínez y Fernández Madrid, “en la quiebra sólo pueden reconocerse aquellos privilegios que la misma ley establece, porque esta es un cuerpo de legislación especial que contiene normas propias al respecto, sin que pueda aplicarse la ley civil con carácter supletorio para reconocer otros privilegios, pues como enseña Martín y Herrera en esta materia, una función de esa naturaleza puede desnaturalizar un sistema”.⁶⁹

4.1.2. CONCEPTO Y NATURALEZA

La institución de los privilegios es una de las más “intrincadas y abstrusas del derecho civil”, habiendo sido calificada, incluso, como “la selva negra del derecho”.⁷⁰

“De primera impresión, el privilegio afirma su calidad exterior: es una preferencia que puede ser ejercitada por determinados acreedores”, importando una prioridad para cobrarse dentro del patrimonio del deudor.⁷¹

Molinario, citado por Bonfante y Garrone, define al privilegio como “el derecho dado a un acreedor, exclusivamente por la ley, sin que medie convención a tal efecto, para ser pagado con preferencia a otro acreedor”, y, aclarando que el mismo nace exclusivamente de la ley, “denomina tal circunstancia *aconvencionalidad*, en tanto existe con independencia de toda convención”.

El privilegio, encuentra así su fundamento “en razones de equidad o de bien público o, más aún, en la casuística; es la situación de ese acreedor que no ha podido precaverse contra la insolvencia del deudor (por ejemplo, el posadero que no puede investigar la solvencia del cliente que se va a hospedar)”. Sin embargo, los privilegios “no dejan de instituirse, en cierto modo, en apoyo del propio deudor, dado que significa una garantía rápida y práctica, para satisfacer las necesidades más comunes”.⁷²

⁶⁵ García Martínez, Roberto, op. cit. en Nota 2, págs. 587/88.

⁶⁶ García Martínez, Roberto y Fernández Madrid, Juan Carlos, Concursos y Quiebras, T II, Editorial Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1976, pág. 1370.

⁶⁷ García Martínez, Roberto y Fernández Madrid, Juan Carlos, op. cit., pág. 1370.

⁶⁸ Rouillon, Adolfo A. N., Régimen de los concursos, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 171.

⁶⁹ García Martínez, Roberto y Fernández Madrid, Juan Carlos, op. cit., pág. 1368.

⁷⁰ Cordeiro Alvarez, Ernesto, *Tratado de los Privilegios*, Cía. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, pág. 11.

⁷¹ Cordeiro Alvarez, Ernesto, op. cit., pág. 12.

⁷² Bonfanti, Mario A. y Garrone, José A., op. cit., pág. 765.

Bonfante y Garrone consideran que la determinación de la naturaleza jurídica del privilegio, obedece a tres concepciones: “a) asimilarlos a los derechos reales (entre nosotros Segovia, Salvat)”, aunque critican esta postura sosteniendo que los privilegios “no tienen las notas de intermediación ni de persecución, no implicando desmembramiento alguno del dominio, el que continúa en cabeza del deudor; b) Considerarlos derechos personales (entre otros Molinario, Cordeiro Alvarez)”. Según ésta concepción, “el privilegio es un accesorio del crédito, por lo cual no podría tener una naturaleza diferente a la del derecho principal; c) Los privilegios no son derechos reales ni personales; son calidades de ciertos créditos, modos de ser de ellos, que les atribuyen determinada preferencia de cobro sobre los bienes del deudor (Llambías, Mariani de Vidal, entre otros)”.

En suma, se trata “de un punto de vista del legislador que, en determinado tiempo y para determinado caso, le acuerda al acreedor una cierta garantía de cobro, referida a ese concepto vigente -pero impreciso en su efectivización- de que el patrimonio es prenda común de los acreedores. Todo ello explica por qué los privilegios sólo pueden derivar de la ley -búsqueda de certeza-; por qué son cambiantes según las épocas -particularismo legiferante-; por qué se anhela su unificación -prioridad legal-; por qué hay multiplicidad de fundamentación -indispensable casuismo-”.⁷³

4.1.3. CARACTERES DE LOS PRIVILEGIOS

a) “Son de origen legal. Colocar a esta suerte de garantía en manos del deudor sería una contradicción en si misma, atentatoria de la esencia y finalidad que tienen.

b) Son accesorios del crédito al que se refieren. La accesoriedad es un concepto de importancia, común a las garantías en general, en las que están involucrados los privilegios.

c) Tienen carácter de excepción: son de interpretación restrictiva.

d) Son indivisibles. Molinario dice que la indivisibilidad es una consecuencia natural de la garantía y aunque el Código Civil no la establece en forma expresa, mana de su esencia. Consecuencia práctica es que el privilegio sobre el bien (total o parcialmente) perdura, mientras tanto no se haya pagado (total o parcialmente) el crédito privilegiado”.⁷⁴

4.1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DE CRÉDITOS PRIVILEGIADOS

Para justificar su existencia, es menester plantearse “cuáles son los beneficios que permiten establecer un privilegio en beneficio de determinados créditos”.⁷⁵

⁷³ Bonfanti, Mario A. y Garrone, José A., op. cit., pág. 765/66.

⁷⁴ Bonfanti, Mario A. y Garrone, José A., op. cit., pág. 767/768..

⁷⁵ Cordeiro Alvarez, Ernesto, op. cit., pág. 34..

Y aquí se plantea un problema, que “es el de saber si deben ser respetados todos los privilegios del derecho clásico, o si deben ser suprimidos muchos de ellos, limitando el número de créditos privilegiados”, lo cual “no puede contestarse en abstracto en uno u otro sentido, pero es bien lógico que mientras menos acreedores privilegiados haya, mayores seguridades tendrán los acreedores comunes, y, en consecuencia, hay una base mayor para el desenvolvimiento del crédito. Con otro criterio, en cambio, podría decirse que el desenvolvimiento de los privilegios crea la confianza en determinados acreedores, que se saben asegurados de antemano frente a cualquier contingencia; lo que hace que den mayor expansión a sus relaciones civiles o comerciales”.

Cordeiro Alvarez, adhiere sin reservas al primer criterio, pues para él “la creación de los privilegios debe responder a ciertos casos verdaderamente excepcionales, justificados con razones tan fuertes, que hagan posible romper la igualdad entre los acreedores, base del crédito y cimiento sobre el que reposa todo el derecho de las obligaciones”. Ello así, por cuanto “los hombres contratan sobre la base de que pueden ir contra el patrimonio del deudor, que les sirve de garantía. Son muy pocos los que podrán ser lo suficiente versados en el conocimiento de la ley, para alcanzar hasta dónde su crédito puede ser privilegiado, y cómo éste les asegura el pago de la deuda”.

De ahí que “el otorgamiento del privilegio no tiene influencia en el momento de contraerse la obligación, no hace más accesible el crédito, en términos generales; en cambio, aquel acreedor que ve destruido el suyo por la preferencia acordada por la ley, en el caso de un concurso o de una quiebra, a otros créditos, con toda seguridad que se volverá reacio en el otorgamiento del mismo”.⁷⁶

“La limitación en el número de créditos privilegiados que auspiciamos no cumpliría su finalidad si tocara aquellos que por razones económicas y de política social en cada pueblo, deben ser mantenidos” (...) “Y ello por cuanto hay privilegios que responden a razones económicas y jurídicas que no es posible dejar de lado; y otros a la protección que debe la ley a la persona del deudor; como una tercera categoría responde a la finalidad de proteger a determinados acreedores, conceptos todos que viven en el derecho actual y que dan substancia propia a esta institución”.

“Dentro de estos criterios, consignemos en primer término aquel que responde al concepto económico-jurídico de que ningún acreedor debe beneficiarse con la prestación realizada por otro”.⁷⁷

Por otra parte, “hay privilegios que se establecen, según dijimos, en protección a la persona del deudor. Tales son los gastos por atención médica, los de farmacia, etc. Es cierto que con ellos no se beneficia a ningún acreedor; pero no es menos cierto que hay razones de humanidad que exigen reconocer estos créditos con ese carácter”.

Sostiene el citado autor que “hay créditos privilegiados que se establecen en protección a los intereses de determinados acreedores; entre ellos se encuentran los salarios de la gente de servicio de la casa del deudor y el sueldo de los empleados y obreros de su industria o comercio. La ley no ha podido dejar de lado a esos peque-

⁷⁶ Cordeiro Alvarez, Ernesto, op. cit., pág. 35.

⁷⁷ Cordeiro Alvarez, Ernesto, op. cit., pág. 36/37.

ños acreedores, de mínimo patrimonio, que en la generalidad de los casos viven exclusivamente de esos créditos que representan la compensación de su trabajo”.

Por ello, para este autor deben mantenerse el privilegio “en aquellos casos en que, dentro de los principios enunciados, se hiciere realmente indispensable su creación. Es decir, como norma, la limitación de los mismos; como excepción, su reconocimiento”.

Y, en suma, “dar normas o principios de carácter general que sirvan para establecer una armonía perfecta entre los créditos privilegiados, de tal modo que cada uno ocupe el lugar que le corresponde entre los bienes del deudor, de acuerdo a los principios económicos y jurídicos que han determinado su creación”.⁷⁸

4.1.5. RÉGIMEN APLICABLE EN MATERIA DE PRIVILEGIOS CONCURSALES

4.1.5.1. Antecedentes

Sin pretender debatir acerca de si la regulación jurídica del concurso y de la quiebra es materia de derecho sustancial o procesal, lo cierto es que la Constitución Nacional (C.N.) confiere al Poder Legislativo la facultad de dictar la ley de *banca-rrotas* (art. 75 inc. 12, C.N.).

Así, el Congreso Nacional, reguló el régimen de quiebras en el Código de Comercio (Libro IV); posteriormente, dictó la ley de quiebras 4156, del 30-12-1902, y luego sancionó la ley de quiebras 11.719, del 27-09-1933.

Sin embargo, “los concursos civiles no fueron objeto de una ley uniforme para toda la Nación, sino materia regulada por la legislación local, en los respectivos códigos procesales”.

Más adelante se promulgó el dec. ley 19.551, que reglamentó no sólo los concursos de los comerciantes, sino también el concurso civil, quedando así comprendida por primera vez en una sola norma “toda la concursalidad”.

En 1983, la ley 22.917 modificó su anterior de 1972 en numerosos aspectos, siendo destacable que tal reforma “entrañó la unificación de los concursos reduciéndolos al concurso preventivo, a la quiebra y al concurso por liquidación administrativa”.

Finalmente, el 17-8-95, entró en vigencia la nueva *ley de concursos y quiebras* 24.522 (LCQ), “bien que respetando en gran medida su estructura e introduciendo, en cambio, la médula de los criterios económicos, dominantes en nuestro medio”, desde que en 1989 asumiera la presidencia de la Nación el Dr. Carlos S. Menem.⁷⁹

4.1.5.2. LOS PRIVILEGIOS EN LA LEY 24.522

⁷⁸ Cordeiro Alvarez, Ernesto, op. cit., pág. 39/40.

⁷⁹ Fassi, Santiago C. y Gebhardt, Marcelo, *Concursos y quiebras*, 6ta. Edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, págs. 2 y 3.

El art. 239 LCQ dispone: “Régimen. Existiendo concurso, sólo gozarán de privilegio los créditos enumerados en este capítulo, y conforme a sus disposiciones. Conservación de privilegio. Los créditos privilegiados en el concurso preventivo mantienen su graduación en la quiebra que posteriormente pudiere decretarse. Igual regla se aplica a los créditos previstos en el art. 240. Acumulación. Los créditos a los que sólo se reconoce privilegio por un período anterior a la presentación en concurso, pueden acumular la preferencia por el período correspondiente al concurso preventivo y la quiebra”.

El art. 263 del D.L. 19.551, disponía que: “Los privilegios en materia de concursos se rigen exclusivamente por esta ley. No se extienden a los intereses del crédito ni a los gastos y costas devengados para su cobro, salvo lo dispuesto en los arts. 266 y 270, inc. 1º”.

Hasta la sanción de la ley 22.917, existían en nuestro país dos legislaciones sobre privilegios: la establecida en el Código Civil (Libro IV, Tít. 1, Sec. II) y la contenida en la ley concursal. La coexistencia de ambas legislaciones, implicó reconocer a las normas del código civil un carácter supletorio respecto de las específicas de la ley de quiebras.

Hasta entonces, la unificación de los privilegios había sido sostenida por la doctrina en los diversos foros nacionales.⁸⁰

Pero el D.L. 19.551 “no logró la anhelada unificación de las preferencias en los concursos civiles y comerciales y sólo intentó poner término a la falta de unidad legislativa, estableciendo en el art. 263 que los privilegios en materia de concursos se rigen exclusivamente por esta ley”⁸¹, procurando así establecer un sistema semi-cerrado de privilegios que sólo quedó en una buena intención, “pues su art. 265 abrió una compuerta admitiendo otros privilegios y resquebrajando el sistema cerrado que pretendía imponer”⁸². Y aun cuando el sistema creado por dicha norma “rompe la unidad pretendida, la ley concursal no podría contener la totalidad de los privilegios consagrados para situaciones especialmente legisladas, pues obviamente dicha legislación está en permanente evolución y además la remisión a los privilegios contenidos en leyes especiales, consulta razones de seguridad jurídica pues evita omisiones”⁸³.

Sin embargo, y no obstante lo establecido al respecto en el art. 239, primera parte, tampoco la ley actual crea un sistema totalmente cerrado de privilegios, pues subsisten otros (art. 241:6 LCQ) llamados “*verdaderos microsistemas de derecho por su especificidad*, términos que tienen más de dogmáticos que de científicos”.⁸⁴

En la actual LCQ, se ha considerado positivo “que el legislador no se haya dejado presionar por sectores interesados creando nuevos privilegios, ni cedido a

⁸⁰ García Martínez, Roberto y Fernández Madrid, Juan Carlos, op. cit., pág. 1366.

⁸¹ García Martínez, Roberto y Fernández Madrid, Juan Carlos, op. cit., pág. 1366.

⁸² García Martínez, Roberto, op. cit., pág. 586.

⁸³ García Martínez, Roberto y Fernández Madrid, Juan Carlos, op. cit., pág. 1368.

⁸⁴ García Martínez, Roberto, op. cit., págs. 586/587.

algunas propuestas ampliatorias de parte de la doctrina, como la que pretendía otorgar privilegio al acreedor peticionante de la quiebra”.⁸⁵

Por tanto, si otros regímenes consagran privilegios, ellos rigen en las situaciones allí previstas “cuando no existe abierto concurso del deudor”. En cambio, si “*existe concurso y dentro de él*, los privilegios creados por otras leyes quedan excluidos de toda posibilidad de hacérselos valer”, siendo la excepción “los regímenes a los que expresamente reenvía la legislación concursal: art. 241, inc. 6”.

En lo que respecta a la conservación del privilegio, “cuando un crédito constituye *gasto de conservación o de justicia* en un concurso preventivo, o tiene carácter *privilegiado* dentro de ese proceso, el acreedor titular tiene el derecho de concurrir *con igual rango* en la quiebra indirecta o en la quiebra (directa o autónoma) que se dictare estando en trámite (pendiente) el concurso preventivo en cuestión”.

Finalmente, en lo que respecta a la acumulación, “los créditos que sólo obtienen privilegio por los montos devengados durante determinados lapsos anteriores al concurso preventivo (p. ej., las remuneraciones debidas al trabajador –hasta– por seis meses anteriores al concurso preventivo: art. 241, inc. 1, LCQ), tienen derecho a *acumular* esa preferencia con otra de igual tipo que correspondiera en caso de quiebra (en el ejemplo: remuneraciones de seis meses anteriores a la quiebra, que al acumularse con el crédito privilegiado anterior al concurso preventivo permitiría concurrir en la quiebra con un privilegio que podría extenderse a cubrir hasta doce meses de remuneraciones)”.⁸⁶

4.1.5.3. GASTOS DE CONSERVACIÓN Y JUSTICIA. ACREEDORES DEL CONCURSO

El art. 240 LCQ dispone: “Los créditos causados en la conservación, administración y liquidación de los bienes del concursado y en el trámite del concurso, son pagados con preferencia a los créditos contra el deudor salvo que éstos tengan privilegio especial. El pago de éstos créditos debe hacerse cuando resulten exigibles y sin necesidad de verificación. No alcanzando los fondos para satisfacer éstos créditos, la distribución se hace a prorrata entre ellos”.

Advierten Fassi y Gebhardt que en el supuesto de la norma en análisis “el obligado no es ya el quebrado, sino esa comunidad incidental y transitoria, que es la masa de acreedores concurrentes”, la que se beneficia con tales gastos desde que ellos son realizados en interés de todos los acreedores. Según resulta de la norma, para estos créditos no existe necesidad de proceder a su verificación, sino que deben abonarse cuando resulten exigibles, por lo que, en principio, “no están sometidos a la ley del dividendo”, y solo cuando no alcancen los fondos para satisfacerlos, se recurre al prorrateo.⁸⁷

⁸⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída; *Primera aproximación a las modificaciones producidas por el régimen de prioridades concursales por la ley 24.522*, Revista Derecho y Economía, 1995, nro. 4, pág. 307. Cita en García Martínez, Roberto, op. cit., pág. 587.

⁸⁶ Rouillon, Adolfo A. N., op. cit., págs. 268/269.

⁸⁷ Fassi, Santiago C. y Gebhardt, Marcelo, op. cit., págs. 470/471.

El régimen concursal anterior, contenía una referencia circunstanciada de los casos de acreencias del concurso (art. 264, dec. ley 19.551/72).

La LCQ, en cambio, esboza “sólo un concepto general y deja al juez el criterio de interpretar quienes son esos acreedores”, siendo tales “aquellos cuyos créditos provienen de la administración, seguridad y conservación de los bienes de la quiebra y de diligencias judiciales o extrajudiciales de beneficio común para el concurso”.⁸⁸ Y para determinarlo, será menester atender al momento en que se ha generado el crédito, pues si el mismo ha nacido después del auto de quiebra, y no fue causado por el propio fallido, nos encontramos en la hipótesis del art. 240 LCQ.⁸⁹

La C.S.J.N., al interpretar la aplicación de la ley 22.529 por el Banco Central de la República Argentina, ha expresado sobre este instituto: “Puesto que la ley no debe ser interpretada sólo conforme la literalidad de sus vocablos, sino con arreglo a su significado jurídico profundo, indagándose lo que verdaderamente dice en conexión con el resto del ordenamiento jurídico; cabe concluir que el art. 54 de la ley 22.529 debe aplicarse armónicamente con las normas de derecho común concursales, evitando su comprensión aislada y la construcción de compartimientos estancos ajenos a la unidad del ordenamiento jurídico. Los créditos del concurso no deben ser incluidos dentro de los pospuestos por el privilegio del Banco Central, en resguardo de los justos derechos de quienes, con su actuación, han contribuido a la marcha del proceso liquidatorio; ya que sería arbitrario que esos acreedores, denominados *acreedores del concurso*, vieran aplazado indefinidamente el cobro de sus acreencias. Además, esta postergación desalentaría, sin duda, a cualquier persona razonable que estuviera en condiciones de prestar los distintos servicios que el procedimiento concursal requiere, con las consecuencias perjudiciales que ello comportaría para su dinámica”. Asimismo, del dictamen del Fiscal de Cámara se extrae: “Los créditos del concurso no constituyen privilegios, sino una categoría ajena y extraconcursal”.⁹⁰

“El rango de estos créditos dentro del esquema general de concurrencia (preferidos a todos los demás, salvo los privilegiados especiales), y la regla de concurrencia dentro de su categoría en caso de insuficiencia” de fondos, es la prorrata.⁹¹

Como estipula la norma, su pago debe hacerse cuando estos créditos sean exigibles y sin necesidad de verificación, lo cual resulta lógico pues “el pago compensa los esfuerzos para conservar, administrar y liquidar los bienes del concurso”. Asimismo, los acreedores del concurso “cobran todos en un pie de igualdad”, y en caso de que los fondos no resulten suficientes, la distribución se hace a prorrata entre ellos, aunque ello “no significa que estén sometidos a la ley del dividendo, sino una solución de equidad”.³¹

Por otro lado, estos créditos generalmente nacen “con posterioridad a la sentencia declarativa y gozan de un derecho de preferencia, sin que éste signifique un

⁸⁸ García Martínez, Roberto, op. cit., pág. 591.

⁸⁹ Fassi, Santiago C. y Gebhardt, Marcelo, op. cit., pág. 471.

⁹⁰ CSJN, 6-4-93, “Maquillán S.A. Cía Financiera s/ quiebra s/ incidente de verificación por Liporace, Francisco L.” (M-28-XXIV), E.D. 154, págs. 577/578.

⁹¹ Rouillon, Adolfo A. N., op. cit., pág. 270.

³¹ García Martínez, Roberto; op. cit., págs. 591/594.

verdadero privilegio”³², por lo que usualmente constituyen “nuevas obligaciones que el concurso contrayese con posterioridad al auto de quiebra o de gastos que reportasen beneficio a la masa de acreedores”³³. Y en tanto estos créditos “proviene de la conservación, administración o liquidación de la masa activa, no se suspende con relación a ellos el curso de los intereses, los que, cuando corresponden, siguen corriendo contra la masa”.³⁴

Es decir que un acreedor concursal “no tiene la carga de verificación. Basta solicitar su pago al síndico, y en defecto de cumplimiento pedir al juez concursal que ordene la efectivización. Si hubiese controversia sobre su existencia, extensión, exigibilidad, etc., la decisión corresponde al juez concursal”.³⁵

4.1.5.4. DISTINTOS SUPUESTOS DE CRÉDITOS DEL CONCURSO

Según Rouillon, “*gastos de conservación y de justicia* es la actual denominación de los antes llamados *créditos del concurso*, y mucho antes *acreedores de la masa*”. Estos créditos, que no están individualizados en el art. 240 LCQ, lo están en otras disposiciones (por ej., arts. 20, párr. 2; 24, 138 in fine, 154, 192 párr. 3, y 198 LCQ). Otros, en cambio, “surgirán del encuadre que los jueces hagan de cada caso en la conceptualización emergente del texto legal, por ej., los honorarios devengados en el concurso por los funcionarios de este proceso; los créditos provenientes de la continuación posconcursal de contratos del fallido; los créditos por costas judiciales impuestas por la actuación del síndico en incidentes concursales donde actuara ejerciendo la legitimación procesal perdida por el fallido; los daños y perjuicios ocasionados a terceros por bienes, funcionarios o empleados de la quiebra; los tributos postfalenciales sobre bienes desapoderados, etc.”.³⁶

El D.L. 19.551 enunciaba diversos casos de acreedores del concurso, la mayoría de los cuales “están actualmente vigentes”, según se verá seguidamente.³⁷

a) Honorarios.

Entre tales gastos se encuentran los honorarios del abogado y del procurador del deudor que presentaron a éste en concurso o quiebra, cuya intervención ha determinado un gasto beneficioso para el concurso, al facilitarle la oportunidad de liquidar la garantía común³⁸.

Se encuentran incluidos también los honorarios del síndico (no así los de su letrado; art. 257); los de los funcionarios designados; los de los coadministradores (art. 259); controladores (art. 260); enajenadores (art. 261); estimadores (art. 262), y de los fiduciarios que actúan como liquidadores coadyuvantes del síndico (art. 152).³⁹

³² García Martínez-Fernández Madrid; op. cit., pág. 1377/78.

³³ García Martínez-Fernández Madrid; op. cit., pág. 1379.

³⁴ García Martínez-Fernández Madrid; op. cit., pág. 1380/81.

³⁵ Rouillon, Adolfo N.; op. cit., pág. 270.

³⁶ Rouillon, Adolfo N.; op. cit., págs. 269/270.

³⁷ García Martínez, Roberto; op. cit., pág. 594.

³⁸ García Martínez-Fernández Madrid, op. cit., pág. 1383.

³⁹ García Martínez, Roberto; op. cit., pág. 594.

b) Continuación de la explotación de la empresa.

García Martínez analiza la *conservación de la empresa* como uno de los principios modernos del derecho concursal. Sin embargo, advierte que a veces se confunde el principio general de conservación, con la *continuación* de la empresa en quiebra, y ello no es así, pues esta es uno de los tantos medios de instrumentación de aquella, pero no el único ni el más importante.⁴⁰

Si bien el D.L. 19.551 tendió, como principio, a la conservación de la empresa, se ha considerado que definitivamente “fracasó en ésta institución, y que las expectativas que había despertado quedaron sólo en eso”, a punto tal que el citado autor refiere estadísticas “sobre el total de las quiebras decretadas en la Capital Federal en el año 1987, donde los casos en que se había decidido la continuación de la empresa no habían llegado al uno por ciento (exactamente el 0,60%)”.

En la LCQ, tal aspiración aparece “solo excepcionalmente” (art. 189) y “aplicable a empresas viables y de significación”, distinguiéndose así entre “*continuación inmediata*, decidida en principio por el síndico, y la *continuación temporal* decidida por el juez”.⁴¹(41)

La continuación de la empresa está regulada en la Sección II, Capítulo III de la ley 24.522 (arts. 189 a 195), y las obligaciones legalmente contraídas por el responsable de la explotación (síndico o coadministrador), gozan de la preferencia de los *acreedores del concurso* (art. 192, LCQ). Y vinculado a ello, el art. 198 dispone que “los sueldos, jornales y demás retribuciones que en lo futuro se devenguen con motivo del contrato de trabajo, deben ser pagados por el concurso en los plazos legales y se entiende que son gastos del juicio, con la preferencia del art. 240”.

Declarada la quiebra se produce la suspensión de pleno derecho de los contratos de trabajo por 60 días corridos, salvo que el síndico proponga y el juez decida continuar en forma inmediata con la explotación de la empresa, autorización que el juez podrá otorgar sólo en caso de que de la interrupción de la continuidad de la explotación pudiera emanar una grave disminución del valor de realización o se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse (arts. 189 y 191, LCQ).

Si luego de ese lapso no se decide la continuación, los contratos de trabajo quedan disueltos retroactivamente a la fecha de declaración de quiebra, y los créditos gozarán de privilegio especial y general como créditos del fallido (arts. 241:2 y 246:1, LCQ). Si, en cambio, se decidiera la continuación de la explotación, tales contratos se consideran reconducidos parcialmente, con derecho para el trabajador de solicitar la verificación de los rubros indemnizatorios devengados, a los que se adicionarán los que se devenguen durante el período de continuación de la explotación (art. 196, LCQ).

Régimen aplicable a la continuación

El síndico o el coadministrador quedan autorizados para realizar todos los actos de administración ordinaria que correspondan a la continuación de la explota-

⁴⁰ García Martínez, Roberto, *Continuación de la explotación de la empresa en quiebra*, ED, t. 168, p. 1165.

⁴¹ García Martínez, Roberto, op. cit. en Nota 40, págs. 1166/67.

ción sin necesidad de autorización del juez, la que, en cambio, será necesaria para los actos que excedan dicha administración, la que solo será otorgada en caso de necesidad y urgencia evidentes, casos en los cuales el juez podrá autorizar la constitución de garantías especiales cuando resulte indispensables para asegurar la continuidad de la explotación. Además, en caso de revocación o extinción de la quiebra, el deudor asume de pleno derecho las obligaciones contraídas legalmente por el responsable de la explotación, y por tanto, “la extralimitación del administrador responsabilizará al extralimitado mismo, sin vincular al concurso ni al ex fallido”. Finalmente, el juez puede poner fin a la continuación de la explotación antes del vencimiento del plazo fijado si ella resultare deficitaria o de cualquier otro modo resultare perjuicio para los acreedores (art. 192, LCQ).⁴²

c) Contratos continuados por el síndico.

Entre las obligaciones imputables al concurso, deben contarse las que provengan de “las prestaciones que el tercero cumpla después de la presentación en concurso preventivo”, las que gozan del privilegio previsto en el art. 240 LCQ (art. 20, LCQ). Se requiere la previa autorización del juez, quien debe pronunciarse respecto de los contratos en curso de ejecución que se mantendrán (art. 191:6, LCQ), como asimismo si se mantienen los contratos de locación en las condiciones preexistentes, en caso de continuación de la empresa y en que el síndico exprese, dentro de los 30 días de la quiebra, la conveniencia de la realización en bloque de los bienes, casos en los que el concurso responde directamente por los arrendamientos y demás consecuencias futuras (art. 193, LCQ).

d) Costas judiciales por la actuación del síndico.

Debe distinguirse entre las costas impuestas al fallido en pleitos concluidos antes de la declaración de falencia, o después de la misma. Si el juicio ha finalizado íntegramente antes de la declaración, el crédito por costas estará sometido al régimen general de verificación. Si el pleito, en cambio, finalizó después de la declaración y el síndico resulta vencido, “el crédito por las costas será indudablemente un crédito contra el concurso”.⁴³

e) Daños y perjuicios.

La responsabilidad por daños y perjuicios causados por los bienes, funcionarios o empleados concursales, surge de la aplicación del principio general que atribuye tal responsabilidad al *propietario, guardián o empleador* (arts. 1113 y ccts., C. Civil). “De ahí que adecuadamente se caracterice a los damnificados como acreedores del concurso”.⁴⁴

f) Alquileres. Contrato de locación.

Cuando se sigue ocupando el bien locado al servicio del concurso con posterioridad a la quiebra del locatario, el monto de los alquileres devengados a partir de ese momento es considerado como *crédito del concurso*. Si el fallido es locador (o sublocador), la locación continúa produciendo todos sus efectos legales (art. 157 inc. 1).

⁴² García Martínez, Roberto, op. cit. en Nota 40, págs. 1173/74.

⁴³ García Martínez-Fernández Madrid, op. cit., pág. 1385.

⁴⁴ García Martínez-Fernández Madrid, op. cit., pág. 1385.

Si en cambio el fallido es locatario y utiliza lo arrendado para explotación comercial, rigen las normas de los arts. 144 LCQ (reglas para las prestaciones recíprocas pendientes en los contratos en curso de ejecución) ó 197 LCQ (decisión del síndico acerca de los trabajadores que cesarán definitivamente ante la reorganización de tareas), según el caso (art. 157, inc. 2).

Si el fallido es locatario y utiliza el bien locado exclusivamente para su vivienda y la de su familia, el contrato resulta ajeno al concurso, no pudiéndose reclamar en éste los alquileres adeudados antes o después de la quiebra (art. 157 inc. 3).

En cuanto a los créditos por alquileres del locador no fallido, si se han devengado hasta la declaración de quiebra, los créditos deberán verificarse como quirografarios; si se devengaran durante el trámite de la quiebra o después de la sentencia, los alquileres, cuyo monto mensual será fijado por el juez, constituyen un *gasto de conservación y de justicia*, sin que deba estar sometido al procedimiento de verificación (art. 240, LCQ).⁴⁵

Por fin, el art. 194 LCQ dispone: “Las cuestiones que respecto de la locación promueva el locador, no impiden el curso de la explotación de la empresa del fallido o la enajenación prevista por el art. 205, debiéndose considerar esas circunstancias en las bases pertinentes”.

g) Los tributos, multas, recargos e intereses posteriores a la quiebra.

Todos los tributos -impuestos, tasas, contribuciones especiales-, así como las multas, recargos e intereses- que surjan con posterioridad a la declaración de la quiebra, son créditos del concurso.⁴⁶

h) Hipoteca y prenda en la continuación de la empresa.

El art. 195 LCQ, establece: “En caso de continuación de la empresa, los acreedores hipotecarios o prendarios no pueden utilizar el derecho a que se refieren los arts. 126, segunda parte, y 209, cuando los créditos no se hallen vencidos a la fecha de la declaración y el síndico satisfaga las obligaciones posteriores en tiempo debido. Son nulos los pactos contrarios a esta disposición”.

Es decir que los acreedores garantizados con hipoteca o prenda, “no pueden valerse del vencimiento de pleno derecho de los plazos en virtud de la quiebra”, ni requerir el concurso especial, mientras esos créditos no estén vencidos a la fecha de la declaración de quiebra, y en tanto el síndico satisfaga las obligaciones posteriores a la misma, en tiempo propio. En caso contrario, “el concurso perderá este beneficio y el acreedor recuperará el derecho a ejecutar el crédito”.⁴⁷

4.1. 5.5. EXTENSIÓN DE LOS PRIVILEGIOS

El art. 242 LCQ dispone: “Los privilegios se extienden exclusivamente al capital del crédito, salvo en los casos que a continuación se enumeran en que quedan amparados por el privilegio: 1) Los intereses por dos (2) años contados a partir de la mora de los créditos enumerados en el inc. 2 del art. 241; 2) Las costas, todos los intereses por dos (2) años anteriores a la quiebra y los compensatorios posterior-

⁴⁵ Fassi-Gebhardt, op. cit., pág. 364.

⁴⁶ García Martínez-Fernández Madrid, op. cit., pág. 1387.

⁴⁷ García Martínez, Roberto, op. cit. en Nota 40, págs. 1175/76.

res a ella hasta el efectivo pago, con la limitación establecida en el art. 126, cuando se trate de los créditos enumerados en el inc. 4 del art. 241. En éste caso se percibirán las costas, los intereses anteriores a la quiebra, el capital y los intereses compensatorios posteriores a la quiebra, en ese orden. El privilegio reconocido a los créditos previstos en el inc. 6 del art. 241 tienen la extensión prevista en los respectivos ordenamientos”.

Se establece así, como regla general, que los privilegios especiales sólo alcanzan al capital adeudado, con excepción de lo previsto en los incs. 2º del art. 241 (remuneraciones e indemnizaciones del trabajador); 4º del art. 241 (créditos garantizados con hipoteca, prenda, warrants, debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante) y 6º del mismo artículo, el cual remite a los regímenes específicos previstos en leyes 20.094, 17.285, 21.526 y 17.418.

Ello significa que “los intereses y costas de estas acreencias, son quirografarios (por cierto que los devengados antes de la quiebra, pues los posteriores no se devengan)” según el art. 129 LCQ, por disponerse su suspensión, salvo los compensatorios correspondientes a créditos amparados por garantías reales que se devenguen con posterioridad⁴⁸, lo cual implica la adopción de una “tesis restrictiva en materia de reconocimiento de privilegio a los intereses y a las costas”, con las excepciones contenidas en la propia norma.⁴⁹

Asimismo, rigen los respectivos ordenamientos en materia de hipoteca, prenda, warrants, debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante cuando se fija el siguiente orden de pago: 1) costas y gastos; 2) intereses anteriores a la quiebra; 3) capital; 4) intereses posteriores a la quiebra. (art. 242:2, in fine, LCQ).

“En estos casos, la amplitud de la ley 24.522 es notoria”, pues tiende a “proteger el crédito de quien se ha procurado una garantía supuestamente suficiente”. Tal como surge del 2do. párrafo del art. 129 LCQ, no se suspenden los intereses compensatorios, teniendo como único límite el producido del bien gravado, aunque con la deducción del art. 244, LCQ.⁵⁰

a) Hipoteca.

El art. 3936 del Código Civil establece que “la hipoteca garantiza, a más del capital, los intereses o rentas debidas de 2 años y los que corran durante el juicio de ejecución hasta el efectivo pago”. Dentro del régimen particular que importa la ejecución hipotecaria, “se pagarán primeramente las costas judiciales que en él se causaren” (art. 3937, C.C.).

Respecto a los intereses, pueden ser percibidos solo los compensatorios devengados con posterioridad a la declaración de quiebra, hasta el límite del producido del bien gravado, “después de pagadas las costas, los intereses preferidos anteriores a la quiebra y el capital.”. (art. 129, LCQ).

b) Prenda civil.

El art. 3229 del Código Civil dispone: “el deudor no puede reclamar la devolución de la prenda, mientras no pague la deuda, los intereses y las expensas

⁴⁸ Fassi-Gebhardt, op. cit., pág. 478.

⁴⁹ García Martínez-Fernández Madrid, op. cit., pág. 1371.

⁵⁰ Fassi-Gebhardt, op. cit., pág. 478/79.

hechas”. De ahí se concluye que “en materia civil se consagra un privilegio para la totalidad de la deuda proveniente de esta causal”.⁵¹

Respecto de los intereses, rige lo dispuesto en el art. 129 LCQ, ya referido.

c) Prenda comercial.

El art. 582 del Código de Comercio establece que “la prenda confiere al acreedor el derecho de hacerse pago en la cosa dada en prenda”, rigiendo también en este aspecto la cita del art. 129 LCQ ya mencionado, así como la del art. 24 de la misma ley, según el cual: “En caso de necesidad y urgencia evidentes para el concurso, y con el criterio del art. 16 párrafo final, el juez puede ordenar la suspensión temporaria de la subasta y de las medidas precautorias que impidan el uso por el deudor de la cosa gravada, en la ejecución de créditos con garantía prendaria o hipotecaria...”.⁵²

d) Anticresis.

El Código Civil dispone en sus arts. 3245, 3254 y 3255:

Art. 3245: “El acreedor está autorizado a retener el inmueble que le ha sido entregado en anticresis, hasta el pago íntegro de su crédito principal y accesorio. El derecho de retención del acreedor es indivisible, como el que resulta de la prenda”.

Art. 3254: “El acreedor puede hacer valer sus derechos constituidos por el anticresis, contra los terceros adquirentes del inmueble, como contra los acreedores quirografarios y contra los hipotecarios posteriores al establecimiento del anticresis”.

Art. 3255: “Pero si él solicitare la venta del inmueble, no tiene el privilegio de prenda sobre el precio de la venta”.

Este derecho real no ha sido considerado en la enumeración contenida en los arts. 241 y 242 LCQ, por lo que no se desprende del mismo preferencia alguna en cuanto a los intereses que se devenguen, atento al sistema cerrado de privilegios que surge del art. 239 de la LCQ.

e) Warrants.

En esta materia “rigen las leyes 928 relativa a mercaderías y frutos del país depositados en almacenes fiscales o en la aduana, y 9.643 que se refiere a frutos y productos depositados en almacenes generales, del fisco o de particulares. En ninguna de estas dos leyes existe una norma que establezca que los intereses y costas tengan privilegio, razón por la cual y frente a la interpretación restrictiva, que es norma en materia de privilegios, pensamos que carecen de él”.⁵³

En tesis contraria, se ha sostenido que “si bien el decreto ley 19.551/72 deja sin efecto en caso de quiebra el derecho del acreedor del warrant de ser pagado inmediatamente, le otorga condición de privilegiado la cual comprende tanto el capital como sus intereses y gastos; igual alcance tenía el derecho sustituido”.⁵⁴

f) Prenda con registro.

El art. 3 del decreto ley 15.348/46, ratificado por ley 12.962 (de 1947) y con algunas modificaciones introducidas mediante Decreto 897/95, establece el privilegio

⁵¹ García Martínez, Roberto, op. cit. en Nota 40, pág. 1372. En contra de esta postura: Mariani de Vidal, Marina; op. cit. en Nota 53, pág. 906.

⁵² García Martínez-Fernández Madrid, op. cit., pág. 1372/73.

⁵³ Mariani de Vidal, Marina; *El privilegio de los intereses y los gastos causídicos en la ley de concursos*; E.D., t. 45, pág. 907.

⁵⁴ García Martínez-Fernández Madrid, op. cit., pág. 1373.

gio sobre intereses y gastos en los siguientes términos: “Los bienes afectados a la prenda garantizan al acreedor, con privilegio especial sobre ellos, el importe de la obligación asegurada, intereses y gastos en los términos del contrato y de las disposiciones de éste decreto ley. El privilegio de la prenda se extiende, salvo convención en contrario, a todos los frutos, productos, rentas e importe de la indemnización concedida o debida en caso de siniestro, pérdida o deterioro de los bienes prendados”.

g) Debentures.

Según el art. 326 del D.L. de sociedades comerciales 19.550 (LS), los debentures pueden ser con garantía flotante, garantía común o garantía especial.

El debenture con garantía común, que ha reemplazado al debenture sin garantía (ley 8.875), no goza de privilegios respecto a las leyes de sociedades y concursal (decreto ley 19.550/72 y 24.522, arts. 152 y 241 inc. 4to.).

Conforme el art. 327 de la LS, los debentures con garantía flotante afectan a su pago todos los derechos, bienes muebles o inmuebles, presentes o futuros o una parte de ellos de las sociedades emisoras, y otorgan los privilegios que corresponden a la prenda, a la hipoteca o a la anticresis, según el caso. Por lo tanto, a los intereses y a las costas se les aplicará el régimen correspondiente a los derechos expresados.

En cuanto a los debentures con garantía especial, afecta a su pago bienes determinados de la sociedad susceptibles de hipoteca. La garantía especial debe especificarse en el acta de emisión con todos los requisitos exigidos para la constitución de hipoteca y se tomará razón de ella en el registro correspondiente. Le serán aplicables todas las disposiciones que se refieren a la hipoteca, con la excepción de que ésta garantía puede constituirse por el término de cuarenta años. La inscripción que se haga en el registro pertinente surte sus efectos por igual término.⁵⁵

h) Privilegios marítimos.

El art. 474 de la ley 20.094 otorga el mismo grado de privilegios que al capital, a los intereses debidos por un año. Los gastos causídicos quedan excluidos de todo privilegio.

i) Hipoteca naval.

Está regida por el art. 510 de la ley 20.094, a través de la cual se extiende el privilegio a los intereses debidos por dos años; no existe disposición alguna sobre costas, que quedan así excluidas de todo privilegio.

j) Privilegios aeronáuticos.

Los intereses y las costas de los créditos aeronáuticos no gozan de preferencia dado que la ley 17.285 nada establece al respecto.

En la hipoteca aeronáutica las costas se encuentran expresamente comprendidas en el inc. 1 del art. 60 que dice: “Tendrán privilegio sobre la aeronave los créditos causídicos que beneficien al acreedor hipotecario”.⁵⁶

k) Créditos laborales.

La ley 20.744 (t.o. 1976, por ley 21.297) en su art. 274 establece que “los privilegios no se extienden a los gastos y costas”, salvo las judiciales (art. 273,

⁵⁵ García Martínez-Fernández Madrid, op. cit., pág. 1374.

⁵⁶ García Martínez-Fernández Madrid, op. cit., pág. 1375.

LCT) y abarcan los intereses pero sólo por el plazo de 2 años a contar de la fecha de la mora.

1) Impuestos y tasas.

Se acuerda la condición de acreedor del concurso al fisco por multas, recargos e intereses, cuando los tributos recaigan sobre bienes determinados del fallido y hubieran nacido con posterioridad a la quiebra (arts. 240 y 244, LCQ). Caso contrario, tanto en el art. 3879 inc. 2 del Código Civil, como en el art. 246 inc. 4 de la ley 24.522, se los considera créditos con privilegio general.

II) Régimen de las Obligaciones Negociables (O.N.)

El régimen de las obligaciones negociables ha sido delineado por la ley 23.576 (B.O. 27-7-88) y su modificatoria 23.962 (B.O. 6-8-91).

La doctrina ha definido a la obligación negociable (ON) como “un valor mobiliario emitido en masa por una persona jurídica, representativa de un empréstito generalmente a mediano y largo plazo. En otras legislaciones, este tipo de valores mobiliarios recibe el nombre de debentures o bonos”.⁵⁷

Asimismo se ha expresado que “las obligaciones negociables son títulos valores, ubicados dentro de la subcategoría de títulos de rentas o de deudas, privados, por los cuales quienes los suscriben se convierten en acreedores de la emisora, que debe hacer frente al pago de los intereses y otros beneficios que se hubiere comprometido a otorgar y a amortizar el capital, en las épocas, porcentajes establecidos, y que para el caso de que sean convertibles en acciones de la emisora, adita también para el suscriptor la opción de pasar de acreedor a socio conforme se ejercite esa opción”.⁵⁸

En suma, la ON “es una de las formas del crédito mediante el cual las empresas pueden financiarse, capitalizarse, reestructurarse, etc.”.⁵⁹

Las ON “normalmente son un empréstito que se diferencia por determinadas particularidades de los mutuos comunes”, aunque no deja de ser un contrato de crédito. También “y máxime cuando hay cláusula de conversión, son un mecanismo calificado de aumento de capital”.⁶⁰

En caso de discordancia entre el ordenamiento normativo de la L.S. (D.L. 19.550), o del régimen de las obligaciones negociables (ley 23.576), con el de las quiebras, “debe resolverse en favor de la aplicación de este último”. No obstante, “la quiebra no lesiona los derechos de los tenedores de debentures u obligacionistas”.⁶¹

El art. 3ro. de la ley 23.576 (t.o.) enuncia los tres tipos clásicos de emisión de ON:

⁵⁷ Kenny, Mario O., *Obligaciones Negociables*, Abeledo Perrot, 1991, pág. 9. Citado por Games-Esparza, op. cit. en Nota 59, pág. 1.

⁵⁸ Alemandi, Miguel A. y Gómez Bausela, María S., *Obligaciones Negociables. Nuevo régimen jurídico ley 23.962*, Rubinzal-Culzoni, 1991, cap. IV, pág. 89. Citado por Games-Esparza, op. cit. en Nota 59, pág. 1.

⁵⁹ Games, Luis María-Esparza, Gustavo A., *Algunas notas sobre aspectos concursales de las obligaciones negociables*, Rev. Jur. El Derecho, 3-6-98, pág. 1.

⁶⁰ Games-Esparza, op. cit., pág. 2.

⁶¹ Fassi-Gebhardt, op. cit., pág. 357.

1) Con garantía flotante. Se considera realizada con garantía flotante, la emisión cuya garantía (la ley dice “privilegio”) no se limite a bienes inmuebles determinados.

En la emisión de éste tipo de garantías, un fiduciario controla los índices de endeudamiento, las operaciones sociales y negociales y la integridad del patrimonio.

El vocablo “flotante”, tomado de las normas que regulan la prenda, se refiere a la garantía que *flota* sobre “las mercaderías y la materia prima del deudor, sin tomarlos o gravarlos individualmente sino en su conjunto, e incluso, sin impedir su manufactureo, transformación y enajenación”. De ahí que se pueda calificar a la prenda flotante como un “negocio irregular”, con ajuste analógico al supuesto del art. 2220 del C.C. que regula el depósito irregular, pues se aparta de las características usuales de la figura (la determinación y detalle de la cosa dada en prenda; el carácter de no consumible o no fungible que usualmente tiene, etc.) independizándose así de los requisitos esenciales de la prenda con registro, que son “la identificación y la indisponibilidad de las cosas gravadas”.⁶²

“En cuanto a los privilegios que otorga la garantía flotante, el art. 327 de la LS (aplicable a las ON por remisión expresa del art. 3ro. de la ley 23.576, t.o.) dispone que son los que corresponden a la prenda, a la hipoteca o la anticresis”. Pero en lo referente a su forma de constitución, la norma citada dispone que “la emisión de obligaciones con garantía flotante no está sometida a las disposiciones de forma que rigen esos derechos reales, de tal manera que la garantía se constituye por la manifestación que se inserte en el contrato de emisión y el cumplimiento del procedimiento e inscripciones de esta ley”. Es decir que no se requieren las formalidades de instrumentación e inscripción en los respectivos registros públicos que emanan del Código Civil para la hipoteca y la anticresis, ni los recaudos de instrumentalidad e inscripción registral vigentes en materia prendaria.⁶³

Ahora bien; dado que no ha sido considerada técnicamente una garantía, y atento a lo dispuesto por el art. 152 inc. 2do. de la LCQ, se estima que las ON con garantía flotante “corren la suerte de los créditos quirografarios”, aunque el fiduciario actúa como liquidador coadyuvante del síndico. Si los debenturistas u obligacionistas no hubieran designado representante, una asamblea reunida al efecto podrá designarlo para el cumplimiento de la función.⁶⁴

2) Con garantía especial. Son las que afectan “a su pago bienes determinados susceptibles de hipoteca. Se constituye por acto unilateral por el total de la emisión, comprendiendo a inmuebles (art. 3109 Código Civil); a buques (art. 499, ley 20.094) y a aeronaves (art. 52, Código Aeronáutico), especificándose en el acto de emisión con todos los requisitos exigidos para su constitución, e inscribiéndose en el Registro pertinente, y por el término de 40 años”.

En este tipo de emisión, “cualquier obligacionista o, en su caso, el representante de ellos (antes fiduciario de los debenturistas), pueden ejecutar la garantía en

⁶² Games-Esparza, op. cit., pág. 3.

⁶³ Games-Esparza, op. cit., pág. 3.

⁶⁴ Fassi-Gebhardt, op. cit., pág. 357.

caso de mora, y en caso de quiebra, accionar conforme lo dispuesto en el art. 152 LCQ”.⁶⁵

En las ON con garantía especial, el titular “tiene derecho a ejercitar la acción de los acreedores hipotecarios o prendarios, pidiendo en concurso especial la ejecución de los bienes que constituyen la garantía. Se cobrarán con preferencia sobre el producido de dichos bienes, sin perjuicio del pago de los créditos preferentes en mayor grado (arts. 126 y 209, LCQ)”, aunque “ese derecho no los exime de la obligación de verificar el crédito”.⁶⁶

En cuanto a los privilegios de esta clase de emisión, se aplican las disposiciones de los arts. 241 inc. 4, 242 y 243 de la LCQ.

3) Con garantía común. En rigor, éstas emisiones no contienen garantía alguna, siendo el patrimonio de la entidad emisora el que, como prenda común de los acreedores, respalda su pago. Naturalmente, los obligacionistas cobrarán con los acreedores quirografarios, con la diferencia de que el fiduciario actúa como liquidador coadyuvante juntamente con el síndico (art. 152 inc. 2do., LCQ).⁶⁷

4.2. CREDITOS DEL ESTADO, DE ACREEDORES PRIVILEGIADOS Y QUIROGRAFARIOS

4.2.1. DISTINTAS CLASES DE ACREEDORES

4.2.1.1 PROPUESTA PARA ACREEDORES COMUNES

Explica Mosso que en la ley concursal anterior, “la *par conditio creditorum* fue rígidamente seguida puesto que se partía del principio que a los iguales -esto es, los acreedores comunes-, había que conferirles el mismo tratamiento y, por tanto, la única propuesta que formulaba el deudor debía tener cláusulas idénticas para todos los acreedores quirografarios”.

En consecuencia, “si el acuerdo debía estipular cláusulas iguales para los acreedores quirografarios, su violación se erigía en causal de impugnación (art. 59, inc. 5, LC)”⁶⁸, pues “la insatisfacción que aparejaba la insolvencia del deudor, debía determinar sacrificios parejos para éstos”.⁶⁹

Pero como “los hechos desbordan con frecuencia las previsiones del legislador y mucho más en materia tan cambiante como la comercial”, se fue advirtiendo “que, aun cuando los acreedores sin privilegios fueran iguales -pues todos carecen de preferencias-, en la realidad las situaciones no son tan homogéneas dentro de los quirografarios”.

Y así, en los hechos, “con frecuencia dos eran los acuerdos preventivos celebrados. El acuerdo real era uno y el *oficial* aprobado en la junta, era otro. Es que siendo un dato de la realidad la inexistencia de una forzada igualdad sin matices, las

⁶⁵ Games-Esparza, op. cit., pág. 4.

⁶⁶ Fassi-Gebhardt, op. cit., pág. 357.

⁶⁷ Games-Esparza, op. cit., pág. 4.

⁶⁸ Mosso, Guillermo G.; *Complejidades de la categorización de los acreedores*; Rev. Jur. El Derecho, 17-6-98, pág. 1.

⁶⁹ Fassi-Gebhardt, op. cit., pág. 137.

situaciones diferenciadas determinaban tratamientos no transparentes otorgándose verdaderas preferencias al margen del procedimiento”.⁷⁰

4. 2.1.2. FINALIDAD DE LAS CATEGORÍAS

La ley 24.522 “tomó nota de este estado de cosas y permitió que el deudor concursado clasificara a sus acreedores, agrupándolos según criterios objetivos de afinidad, a fin de tratar a cada grupo -reconociendo la realidad-, en forma diferente en el acuerdo, teniendo en cuenta su diversidad de perfiles”. Entonces, “las categorías son introducidas no sólo como una forma de sincerar el acuerdo sino también, fundamentalmente, como una concreta manera de posibilitarlo. Ello así porque -en el marco general de un facilitamiento de la solución preventiva-, la categorización no es una exigencia obstaculizante, sino un beneficio o posibilidad más otorgada al deudor para ayudarlo a la consecución de un concordato preventivo. Es un mecanismo que permite al deudor ofrecer a cada categoría un acuerdo preventivo distinto”.⁷¹

De modo que el concursado, al categorizar, produce una “separación en el tratamiento de los acreedores, a los cuales les podrán ser ofrecidas distintas propuestas de acuerdo”, lo que significa “recoger en la ley un dato de la realidad, y posibilita, sin el escarnio de una forzada igualdad sin matices, el tratamiento diferenciado, que solo debe ser *necesariamente igual* entre aquellos acreedores que participan de iguales notas o características determinantes de su clasificación o agrupamiento o categorización”⁷², por lo cual “la categorización de los acreedores (flexibilizando la anterior rígida concepción de la *par conditio creditorum*), es una clara ampliación de las *chances* para obtener el acuerdo que diluya la insolvencia”.⁷³

4. 2.1.3. LAS TRES CATEGORÍAS MÍNIMAS

El art. 41, 2do. párrafo de la LCQ expresa: “la categorización *deberá contener como mínimo* el agrupamiento de los acreedores en tres categorías: quirografarios, quirografarios laborales -si existieren- y privilegiados...”.

No hay duda de que, al menos, debe existir la categoría de acreedores quirografarios, pues “los acuerdos concordatarios siempre fueron dirigidos a estos acreedores (que son, en verdad, sobre cuyas espaldas ha recaído siempre el mayor gravamen de la solución preventiva)”.

Pero la categorización de los créditos en quirografarios laborales, “deberá efectuarse sólo *si existieren*, por tanto, no es obligatoria siempre, sino cuando efectivamente se presenten (para algunos) o pudieran presentarse después (para otros)”.

⁷⁰ Mosso, Guillermo G.; op. cit. en Nota 68, pág. 1.

⁷¹ Mosso, Guillermo G.; op. cit. en Nota 68, pág. 1. Cita a Rouillon, Adolfo, *Régimen de Concursos y Quiebras*. Ley 24.522, 5ta. ed., pág. 83.

⁷² Vaiser, Lidia, *La categorización de los acreedores y el crédito laboral: intereses y beneficios*; ED, 169-1264/65. Cita a Dasso, Ariel; *Quiebras, el concurso preventivo y el cramdown*; obra en prensa.

⁷³ Mosso, Guillermo G., op. cit. en Nota 68, pág. 2.

Por su lado, los créditos privilegiados no están comprendidos en el acuerdo ordinario (arts. 44 y 57, LCQ) “y sólo de estarlo -renuncia de privilegios mediante, convirtiéndose por tanto en acreencias comunes-, deberá categorizárselos. El acuerdo preventivo se anuda sólo entre el deudor y sus acreedores comunes (art. 45, LCQ) siendo el concordato para privilegiados siempre optativo”.

De todo ello se desprende que las anunciadas “tres categorías mínimas pueden ser -según como se presente el pasivo-, a veces dos o también una sólo”. Por ello, “cuando no hayan acreedores laborales y no se ofrezca propuesta a los acreedores privilegiados, no existen óbices legales para formular una única oferta a los quirografarios. La inexistencia de los primeros es una hipótesis factible y la de los segundos, usual”.

En suma, de las tres “categorías mínimas”, una -la de quirografarios-, no podrá faltar nunca pues hace a la esencia misma del concordato. A la segunda -la de los privilegiados-, es infrecuente que se les ofrezca acuerdo especial para ellos pero, de existir el mismo, deberá formarse una clase con sus integrantes. El problema radica, entonces, en la restante categoría de acreedores quirografarios laborales, que debe formarse “si existieren”.⁷⁴

4. 2.2. CATEGORÍAS DE ACREEDORES

Existen en la ley 24.522 cuatro categorías de acreedores:

- a) acreedores del concurso (art. 240);
- b) acreedores con privilegio especial (art. 241);
- c) acreedores con privilegio general (art. 246);
- d) acreedores quirografarios o comunes (no privilegiados, art. 248).

En relación a la distinta preferencia para el cobro, estos acreedores pueden ordenarse según el siguiente esquema: En primer lugar, deben ser satisfechos los créditos con privilegio especial, pero con el producido de los bienes sobre los que recae su asiento, y con la reserva de gastos prevista en el art. 244. Luego siguen los *acreedores del concurso* (art. 240). Después se ubican los créditos con privilegio general (art. 246), los que no pueden comprender más del 50% del producido de los bienes, una vez satisfechas las preferencias de mayor grado; por el 50% restante concurren junto con los quirografarios en un pie de igualdad (art. 247), salvo que se trate de los privilegios laborales (art. 246:1, LCQ).⁷⁵

Cabe memorar que, conforme al art. 126 de la ley 11.719, los acreedores del fallido podían ser de cinco clases distintas: a) acreedores de dominio; b) acreedores con privilegio general; c) acreedores con privilegio especial; d) acreedores hipotecarios; e) acreedores simples o comunes. En el D.L. 19.551, desaparecieron los acreedores del dominio, los que tenían tratamiento en su art. 142, como “bienes de terceros”.

4. 2.2.1. ACREEDORES CON PRIVILEGIO ESPECIAL

⁷⁴ Mosso, Guillermo G.; op. cit. en Nota 68, págs. 3/4.

⁷⁵ Fassi-Gebhardt, op. cit., pág. 469.

Según el art. 241 LCQ, “Tienen privilegio especial sobre el producido de los bienes que en cada caso se indica:

- 1) Los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa, sobre ésta, mientras exista en poder del concursado por cuya cuenta se hicieron los gastos;
- 2) Los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por seis meses y los provenientes por indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del concursado, se encuentren en el establecimiento donde haya prestado sus servicios o que sirvan para su explotación;
- 3) Los impuestos y tasas que se aplican particularmente a determinados bienes, sobre éstos;
- 4) Los créditos garantizados con hipotecas, prenda, warrant y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante;
- 5) Lo adeudado al retenedor por razón de la cosa retenida a la fecha de la sentencia de quiebra. El privilegio se extiende a la garantía establecida en el art. 3943 del Código Civil;
- 6) Los créditos indicados en el Título III del Capítulo IV de la Ley 20.094, en el Título IV del Capítulo VII del Código Aeronáutico (Ley 17.285), los del art. 53 de la Ley 21.526, los de los arts. 118 y 160 de la Ley 17.418”.

Expresa Rouillon que los créditos con privilegio especial “son aquellos cuyo rango preferencial se ejerce sólo sobre el producto de la liquidación de los bienes que constituyen el *asiento* del privilegio”. Sobre el precio de dichos bienes “tienen el máximo *rango*; sólo postergado” por los gastos de conservación y justicia efectuados en el concurso (art. 240), y “por una cantidad calculada para atender *los gastos y honorarios de los funcionarios del concurso*, correspondientes *exclusivamente a diligencias sobre tales bienes*” (art. 244).

La enumeración contenida en el art. 241 es “*taxativa* y de *interpretación restrictiva*”, y la “conurrencia entre privilegios especiales de igual asiento se hace según las reglas del art. 243 de la LCQ”.⁷⁶

4. 2.2.1.1. NATURALEZA DE SUS CRÉDITOS

Los acreedores con privilegio especial, son pagados con el producido de los bienes afectados al privilegio, y hasta donde este alcance, pasando por el resto a ser acreedores quirografarios sujetos a la ley del dividendo, “salvo que además se les reconozca un privilegio general” como a ciertos créditos laborales (arts. 245 y 246:1, LCQ). El excedente que pueda generar el producido de los bienes afectados a este privilegio, pasa a integrar la masa, con destino a los acreedores quirografarios.⁷⁷

Son preferidos, en cuanto a los bienes que les sirven de garantía, sobre los acreedores con privilegio general, excepto los gastos necesarios para la construcción, mejora o conservación de una cosa (art. 241:1). Sin perjuicio de la obligación

⁷⁶ Rouillon, Adolfo N.; op. cit., pág. 271.

⁷⁷ García Martínez, Roberto; op. cit., pág. 595.

de verificar sus créditos (art. 126), no quedan obligados a esperar el resultado del concurso y la distribución, pudiendo exigir el pago de sus créditos en cualquier tiempo, previa comprobación de sus títulos en la forma indicada en el art. 209 y siempre que presten fianza de acreedor de mejor derecho (art. 126, 2da. parte).⁷⁸

4. 2.2.1.2. CASOS CONTEMPLADOS

Inc. 1º): Gastos de construcción, mejora o conservación de la cosa.

En estos casos, “la ley exige tres condiciones: a) que la cosa esté en poder del concursado; b) que los gastos hayan sido hechos por cuenta del fallido y no de un tercero; c) que los gastos hayan sido invertidos en construir, mejorar o conservar la cosa”.⁷⁹

Para que pueda invocarse este privilegio especial, es preciso que la cosa esté en poder del concursado, ya que el mismo no procede cuando, aun siendo de propiedad del fallido, la cosa esté en poder de un tercero.

Fassi y Gebhardt discrepan con la solución legal en análisis, pues expresan que “se confunde el poder jurídico sobre la cosa con la tenencia de ella”. En efecto, si sobre el inmueble locado se han realizado mejoras o gastos, “no es razonable que la masa se beneficie con esos trabajos y quien los realizó quede privado de un privilegio del que hubiera gozado si la cosa era utilizada por el concursado”.⁸⁰

El tratamiento del privilegio en la LCQ difiere del que le dispensa el Código Civil, que reconoce la preferencia “esté la cosa o no en poder del que ha hecho los gastos” de conservación; al tiempo que no la reconoce respecto de “los simples gastos de mejoras que no tengan otro objeto que aumentar la utilidad y el valor de la cosa” (art. 3892).

Los ingenieros, arquitectos, empresarios, albañiles y otros obreros; los que han prestado dinero para pagar a éstos, o quienes hayan suministrado los materiales necesarios para la construcción o reparación de la cosa, gozan del privilegio especial (arts. 3931 a 3933 del Código Civil), siempre y cuando la cosa esté en poder del deudor (o del síndico en caso de desapoderamiento). Pero se excluyen de su goce, los gastos de conservación de créditos y derechos, pues la ley se refiere a gastos realizados *sobre la cosa*.⁸¹

El precio de las semillas y los gastos de la cosecha.

El art. 3888 del C.C., dispone: “Son privilegiadas las sumas debidas por las semillas y por los gastos de la cosecha, sobre el precio de esa cosecha”, porque, dice la nota del codificador, “no hay frutos sino deducidos los gastos. El privilegio comprende sólo las semillas vendidas, y los trabajos de la cosecha del año, y no la de los años anteriores”.

Este privilegio, que comprendía todos los gastos realizados desde la siembra hasta la cosecha, y que estaba expresamente previsto en el D.L. 19.551, fue suprimido en la vigente ley 24.522.

Inc. 2º): Créditos laborales.

⁷⁸ García Martínez-Fernández Madrid; op. cit. en Nota 5, pág. 1389.

⁷⁹ García Martínez, Roberto; op. cit. en Nota 2, pág. 596.

⁸⁰ Fassi-Gerbhardt, op. cit., pág. 475.

⁸¹ García Martínez-Fernández Madrid; op. cit. en Nota 5, pág. 1390.

La cuestión inherente a los créditos laborales, será abordada en capítulo separado.

Inc. 3º): Impuestos y tasas.

Los impuestos y tasas que se aplican a determinados bienes, anteriores al concurso o la quiebra, tienen un privilegio especial sobre éstos. Si, en cambio, se devengan con posterioridad, son créditos del concurso (art. 240 LCQ).

Se discute si las *contribuciones especiales* integran o no el concepto de “impuestos” para reconocerles el privilegio especial.

Cordeiro Alvarez se inclina por considerar que cabe hacer extensivo el privilegio no solo a los impuestos provinciales, sino también a las *contribuciones de mejoras* que “representan servicios prestados por el poder público en beneficio de determinados particulares”, destacando como curiosa e injusta la situación de que “mientras el constructor de una obra está protegido con un privilegio especial (art. 3931 C.C.), el fisco, cuando construye un pavimento, no tendría protección legal”.⁸²

La doctrina moderna se inclina en general por la tesis contraria. Así Allende y Mariani de Vidal, sosteniendo una interpretación restringida, asignan a estas contribuciones el carácter de crédito ordinario (quirografario).⁸³

Idéntica postura negativa adopta Kemelmajer de Carlucci.⁸⁴

García Martínez, quien en un principio considerara a las *contribuciones especiales* comprendidas en el concepto de “impuestos”⁸⁵, luego varió su postura y se pronunció por su exclusión.⁸⁶

Privilegios de los créditos fiscales.

“Uno de los temas más controvertidos en el derecho argentino, es el referente a los créditos del fisco”, pues existe un sistema de *legislación múltiple* (nacional, provincial y hasta municipal) que dificulta la tarea de coordinar todas las disposiciones resultantes en materia de privilegios.⁸⁷

El D.L. 19.551 había concluido con esta antigua cuestión, al disponer su art. 263 que los privilegios *se rigen exclusivamente por esta ley*, norma que reitera el actual art. 239 LCQ, siendo indudable que “la prelación corresponde a la ley concursal, con independencia de las disposiciones en contrario del derecho tributario”.⁸⁸

Kemelmajer de Carlucci refiere que los créditos fiscales han sido tratados en tres categorías de créditos: “a) Como acreencias con privilegio especial (art. 241:3); b) Como acreencias con privilegio general (art. 246:4), y c) Como acreencias del concurso (art. 240). Y los elementos que deben considerarse para la determinación

⁸² Cordeiro Alvarez, Ernesto; op. cit. en Nota 9, págs. 77/78.

⁸³ Allende, Guillermo-Mariani de Vidal, Marina; *Los privilegios en la ley de concursos y en el Código Civil*; Zavalía, Bs. As., 1974, pág. 117. Cita en García Martínez, Roberto; op. cit. en Nota 2, pág. 599.

⁸⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aída; *Los Privilegios en el Proceso Concursal*, Ed. Astrea, Bs. As., 1975, pág. 145.

⁸⁵ García Martínez-Fernández Madrid; op. cit. en Nota 5, pág. 1414.

⁸⁶ García Martínez, Roberto; op. cit. en Nota 2, pág. 608.

⁸⁷ Cordeiro Alvarez, Ernesto; op. cit. en Nota 9, pág. 76.

⁸⁸ Kemelmajer de Carlucci, Aída; op. cit. en Nota 84, pág. 143.

de las distintas categorías, son dos: a) La época en que los créditos se devengaron; y b) La circunstancia de que recaiga o no sobre determinados bienes del deudor”.⁸⁹

1. *Tributos anteriores al concurso o la quiebra.*

A) *Tributos que recaen sobre bienes determinados.*

El art. 241:3 LCQ dispone que gozan de privilegio especial: “*Los impuestos y tasas que se aplican particularmente a determinados bienes, sobre éstos*”.

Sostiene la citada autora que, “tras la aparente claridad de la terminología empleada (*impuestos y tasas que se aplican particularmente a determinados bienes*), se oculta una difícil conceptualización”, por lo que cabe desentrañar “cuál es el elemento de la obligación tributaria que habrá de tenerse en cuenta para determinar si el tributo recae o no sobre determinados bienes”. Tales elementos según la doctrina dominante, dice la autora, son: “los sujetos (activo y pasivo) y el objeto. La determinación tributaria se realiza a través de la base (elemento cuantitativo que la ley fiscal señala para calcular el débito tributario concreto de cada sujeto pasivo), las unidades tributarias (unidades de medición escogidas por la ley para fijar la base) y las cuotas o alícuotas (proporción, porcentaje o cantidad fija de dinero que debe tributar cada unidad tributaria o determinado conjunto de unidades)”.⁹⁰

Según expresa la autora, y conforme lo expuesto, el único elemento apto para tal determinación es el objeto, “cuya conceptualización resulta difícil dada la diversidad de definiciones que sobre él se han dado”⁹¹, concluyendo que, dadas esas dificultades, habrá que resolver la cuestión “acudiendo a la ley reguladora del impuesto, y extraer, de sus propios términos, si el objeto recae o no sobre determinados bienes”.

Por ello, enumera a modo de ejemplo algunos tributos que recaen sobre bienes determinados, entre los que se cuentan: el impuesto provincial inmobiliario; patente única de vehículos; impuesto nacional a las tierras aptas para la agricultura; impuesto anual de emergencia a los automotores; impuesto interno nacional unificado al vino, etc.⁹²

En cambio, al no recaer sobre bienes determinados, no gozan de privilegio especial, los créditos provenientes de los impuestos a los réditos; sustitutivo del gravamen a la transmisión gratuita de bienes; los créditos del I.V.A., etc.⁹³

B) *Tributos que no recaen sobre bienes determinados.*

Son créditos con privilegio general “*El capital por impuestos y tasas adeudados al fisco nacional, provincial o municipal*” (art. 246:4, LCQ). La norma refiere sólo el *capital*, por lo que éste es en la LCQ el único rubro amparado, “excluyéndose los intereses, multas y cualquier otro recargo”, destacándose aquí también la ausencia de referencia a las *contribuciones*.⁹⁴

2. *Tributos posteriores al concurso o quiebra.*

A) *Tributos que recaen sobre bienes determinados del deudor.*

Son considerados acreencias del concurso.

⁸⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aída; op. cit. en Nota 84, pág. 144.

⁹⁰ Kemelmajer de Carlucci, Aída; op. cit. en Nota 84, pág. 154.

⁹¹ Kemelmajer de Carlucci, Aída; op. cit. en Nota 84, pág. 155.

⁹² Kemelmajer de Carlucci, Aída; op. cit. en Nota 84, pág. 156.

⁹³ Kemelmajer de Carlucci, Aída; op. cit. en Nota 84, pág. 157.

⁹⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aída; op. cit. en Nota 84, pág. 161.

B) *Tributos que no recaen sobre bienes determinados del deudor.*

Estos créditos no podrán ser incluidos entre las acreencias con privilegio general (art. 246:4, LCQ) “pues, aunque la norma no distingue entre acreedores anteriores o posteriores a la apertura del juicio, resulta claro que, tratándose de una categoría de acreedores del fallido, sólo incluye a los primeros”.

Pero si estos créditos fueran considerados “como nuevas deudas contraídas por el deudor”, o si por ellos el Fisco debiera “someterse a un nuevo concurso que sólo comprenda los bienes remanentes una vez liquidada la quiebra y cumplida la distribución, tal solución resultaría desacertada, pues, como dice Spota, en el caso del privilegio del fisco no es el interés común de los acreedores lo que está en juego, sino la necesidad del Estado de poder cumplir sus fines”.⁹⁵

Para Kemelmajer de Carlucci es uniforme el pensamiento de la doctrina nacional en el sentido de que “si el hecho imponible surgió con posterioridad a la declaración judicial de la falencia, el crédito respectivo debe encuadrarse dentro de la figura de los acreedores del concurso”, rubro en el que, para la autora, también deberá incluirse el capital proveniente de estos tributos, mas no así los intereses, recargos y multas.

Finalmente, en cuanto al orden de preferencia de estos créditos, la autora considera que si los tributos que recaen sobre bienes determinados concurren con acreedores con privilegio especial, habrá que estar al orden enumeración en la norma, mientras que si no recaen sobre tales bienes, o si son posteriores a la quiebra, cobran después que los acreedores con privilegio especial. Si aquellos tributos concurren con créditos con privilegio general, tendrán prioridad sobre éstos, a quienes también desplazarán los créditos por capital de impuestos y tasas posteriores al concurso que no recaigan sobre bienes determinados. Por último, los impuestos y tasas anteriores a la declaración que no recaigan sobre bienes determinados, concurren a prorrata con los acreedores con privilegio general.⁹⁶

Inc. 4º): Hipoteca, prenda, warrant, debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante.

En las hipótesis señaladas en este inciso, conforme reenvío dispuesto por el art. 242 LCQ, el privilegio se extiende al capital, las costas, todos los intereses por dos años anteriores a la quiebra y los compensatorios posteriores a ella hasta el efectivo pago, con la limitación fijada en el art. 126 LCQ (límite del precio obtenido en la liquidación del bien asiento de la preferencia).

En lo concerniente a la hipoteca, dispone el Código Civil en su art. 3936 que ésta “garantiza, a más del principal, los intereses o rentas debidas de dos años y los que corran durante el juicio de ejecución hasta el efectivo pago...”, como las costas judiciales causadas en el trámite de ejecución (art. 3937).

Conforme a la LCQ, los acreedores con garantía real y titulares de warrant, pueden requerir la venta por concurso especial, “en cualquier tiempo” (art. 126), de la cosa sobre la que recae el privilegio, previa comprobación de sus títulos por el síndico, y dando “fianza de acreedor de mejor derecho”. (art. 209).

⁹⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída; op. cit. en Nota 84, pág. 164.

⁹⁶ Kemelmajer de Carlucci, Aída; op. cit. en Nota 84, pág. 165/66.

Los privilegios del acreedor hipotecario y prendario, “exigen como *condictio sine qua non* la inscripción anterior de la hipoteca” o la prenda, lo cual resulta lógico ya que si la inscripción se efectúa con posterioridad al decreto de quiebra, “importaría romper la igualdad en que la ley de concursos coloca a todos los acreedores que no puedan invocar una causa legal de preferencia”. Asimismo, se ha considerado “innecesaria la reinscripción de la prenda o de la hipoteca sobre bienes del fallido, cuando el crédito respectivo ha sido ya verificado”.⁹⁷

A los debentures, si son con garantía especial, se les aplica el mismo régimen que a la hipoteca, por disposición del art. 333 de la LS; si son emitidas con garantía flotante, comprendiendo todos los derechos, bienes muebles e inmuebles de la sociedad emisora, regirá el régimen de la hipoteca, prenda o anticresis, según corresponda (art. 327, LS).

A las obligaciones negociables, con garantía especial o flotante, se les aplica el régimen normativo ya analizado en el presente.

Inc. 5°): Derecho de retención.

Debe señalarse liminarmente, conforme sostiene muy autorizada doctrina, que lo establecido en materia de privilegios en la LCQ tiene primacía sobre otras regulaciones (art. 239), por lo que las normas concursales sobre derecho de retención “deroga el art. 3946 del Código Civil”.⁹⁸

Sentado ello, y conforme al art. 3939 del Código Civil, “el derecho de retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de esa misma cosa”. Y agrega el art. 3940 “siempre que la deuda aneja a la cosa detenida, haya nacido por ocasión de un contrato, o de un hecho que produzca obligaciones respecto al tenedor de ella”. De ahí que los requisitos del derecho de retención son: “a) tenencia de una cosa de otro; b) existencia de una obligación exigible del propietario respecto del retenedor; c) conexión contractual o cuasi contractual entre lo que se debe y la cosa retenida; d) negativa a restituir exteriorizada”.⁹⁹

En materia civil, son supuestos de autorizado ejercicio del derecho de retención, los casos previstos en los arts. 1384, 1547, 1558, 1596, 2218, 2306, 2309, 2428, 2441, 2466, 2588, 2589, 2686, 2891, 3220, 3245, 3886, 3887, 3891, etc., del respectivo Código.

En materia comercial, lo son los casos del *vendedor*, por el importe del precio e intereses de la demora; el *mandatario* y el *comisionista* por el pago de gastos, comisiones e intereses; el *depositario* por los salarios y gastos de conservación; el *martillero*, por los gastos incurridos en la realización del remate, si las cosas no se hubieren vendido; el *tomador del seguro*, sobre la póliza hasta que se abone cuanto le corresponda en razón del contrato (ley 17.418, art. 25), etc.¹⁰⁰

El D.L. 19.551 establecía el cese del derecho de retención a partir de la declaración de quiebra, debiendo el retenedor entregar el bien al síndico. El agregado

⁹⁷ Fassi-Gebhardt, op. cit., pág. 476.

⁹⁸ Fassi-Gebhardt, op. cit., pág. 476, cita a Decurgez, *Derecho de retención y privilegio*, LL, 1985-D-1211.

⁹⁹ García Martínez, Roberto; op. cit. en Nota 2, pág. 600.

¹⁰⁰ García Martínez-Fernández Madrid; op. cit. en Nota 5, pág. 1392.

de la reforma civil de 1968 al art. 3943, establece: “el juez podrá autorizar que se sustituya el derecho de retención por una garantía suficiente”.

La LCQ, en su art. 131 dispone: “La quiebra suspende el ejercicio del derecho de retención sobre bienes susceptibles de desapoderamiento, los que deben entregarse al síndico, sin perjuicio del privilegio dispuesto por el art. 241 inc. 5to. Cesada la quiebra antes de la enajenación del bien, continúa el ejercicio del derecho de retención, debiéndose restituir los bienes al acreedor, a costa del deudor”.

Tal facultad de los jueces, se mantiene en la actual legislación, por expresa disposición del inc. 5to. del art. 241, de la LCQ, de donde resulta que el privilegio se extiende a dicha garantía.

Finalmente, “el crédito de quien ejerce el derecho de retención prevalece sobre los créditos con privilegio especial si la retención comenzó a ejercerse antes de nacer los créditos privilegiados” (art. 243, LCQ).

La anticresis, si bien no se encuentra mencionada en la norma, otorga al acreedor derecho de retención por el pago del crédito principal y sus accesorios, siendo este derecho indivisible, igual que en el caso de la prenda (art. 3245 Código Civil).

Inc. 6°): Privilegios de regímenes especiales.

A) Privilegios Marítimos.

Debe destacarse, en primer término, lo dispuesto en el art. 471 (Cap. IV, Sec. 1) de la ley 20.094 (B.O. 2-3-73), que establece el orden de los privilegios en el crédito naval, cuando determina que “los privilegios establecidos en el presente capítulo serán preferidos a cualquier otro privilegio general o especial, y a ellos se refiere esta ley siempre que mencione créditos privilegiados”.

La clasificación contenida en la ley de navegación 20.094, es la siguiente:

1) *Privilegios sobre el buque*, que se dividen en: privilegios en primer lugar; y privilegios en segundo lugar. El art. 476 (Sec. 2) de la referida ley estipula:

“Son privilegiados en primer lugar sobre el buque: a) Los gastos de justicia hechos en interés común de los acreedores para la conservación del buque, o para proceder a su venta y a la distribución de su precio; b) los créditos del capitán y demás individuos de la tripulación, derivados del contrato de ajuste, de las leyes laborales y de los convenios colectivos de trabajo; c) los derechos, impuestos, contribuciones y tasas retributivas de servicios, derivados del ejercicio de la navegación o de la explotación comercial del buque; d) los créditos por muerte o lesiones corporales que ocurran en tierra, a bordo o en el agua, en relación directa con la explotación del buque; e) los créditos por hechos ilícitos contra el propietario, el armador o el buque, no susceptibles de fundarse en una relación contractual, por daños a las cosas que se encuentren en tierra, a bordo o en el agua, en relación directa con la explotación del buque; f) los créditos por asistencia y salvamento, remoción de restos náufragos y contribuciones en averías gruesas.

Son privilegiados en segundo lugar: g) los créditos por averías a las cosas cargadas y equipajes; h) los créditos que tengan su origen en contratos de locación o fletamento de un buque o en un contrato de transporte; i) los créditos por suministros de productos o de materiales a un buque, para su explotación o conservación; j) los créditos por construcción, reparación o equipamiento del buque o por gastos de dique; k) los créditos por desembolso del capitán, y los efectuados por los cargadores,

fletadores o agentes por cuenta del buque o de su propietario; l) el crédito por el precio de la última adquisición del buque y los intereses debidos desde los últimos 2 años.

Los créditos incluidos en el primer grupo son preferidos al crédito hipotecario, que tomará su lugar después de ellos y con preferencia a los del segundo grupo”.

2) Privilegios sobre el flete y precio de pasaje (art. 478), y créditos a favor del buque nacidos durante la navegación (art. 479);

3) Derecho de retención: otorgado al contratista para la reparación del buque durante el período en que esté en su poder (art. 486), que cede ante los privilegios generales en *primer lugar*. Prevalece sobre la hipoteca y se extingue con la entrega del buque al comitente;

4) Privilegios sobre el buque y el artefacto naval en construcción (art. 490, Sec. 3).

5) Privilegios sobre las cosas cargadas (art. 494, Sec. 4).

6) Hipoteca naval: se puede efectuar sobre todo buque de matrícula nacional de 10 o más toneladas de arqueo total, o buque en construcción del mismo tonelaje. Los menores de 10 toneladas sólo pueden ser gravados con prenda (art. 499, Sec. 5). Los arts. 500 a 514 (de la misma Sección) regulan las formalidades, el contenido y el orden de preferencias;

Con respecto a los privilegios sobre el buque, la ley puntualiza una serie de reglas particulares que enunciamos en las siguientes:

a) los gastos realizados por la autoridad competente, para la extracción, remoción o demolición de restos náufragos de buques o artefactos navales, gozan de la preferencia establecida en el inc. c) del art. 676 (art. 477).

b) los créditos vinculados a un mismo viaje cobran en el orden en que se mencionan en el art. 476; en caso de insuficiencia, los comprendidos en un mismo inciso concurren a prorrata (art. 480, *in initio*);

c) los privilegios que garanticen créditos por salvamento o asistencias, gastos de remoción de restos náufragos y contribución en avería gruesa, tienen preferencia sobre los demás que graven el buque al momento en que se efectuaron las operaciones que los originaron (art. 480 *in medium*);

d) los privilegios enumerados en los incs. f) del primer grupo, y h), i) y j) del segundo grupo del art. 476, se graduarán en orden inverso al de las fechas en que nacieron (art. 480, *in medium*);

e) los créditos enumerados en los incs. b), c), d) y e) del primer grupo, y los incs. g) y l) del segundo grupo del art. 476 concurren entre sí, en igualdad de condiciones. Los derivados de un mismo acontecimiento se reputan nacidos en la misma fecha (art. 480 *in fine*);

f) los créditos privilegiados del último viaje son preferidos a los de los viajes precedentes salvo los derivados de un contrato único de ajuste (art. 482);

g) los privilegios sobre el flete, precio del pasaje y créditos a favor del buque, sólo pueden ejecutarse mientras sean adeudados o su importe esté en poder del capitán o agente marítimo (art. 483).

La ley 20.094 prevé, asimismo, la subrogación real (art. 472); el desplazamiento del privilegio del acreedor vencido por otro de mejor derecho sobre otros bienes del mismo deudor (art. 473); la extensión del mismo privilegio del capital a

los intereses debidos por 1 año, con excepción de la hipoteca naval, que se amplía a 2 años (arts. 474 y 510, respectivamente); la cesión del privilegio incluida en la cesión del crédito (art. 475), etc.

Concurso especial de acreedores privilegiados de un buque.

Este concurso especial tiene regulación en el Capítulo VI de la ley 20.094.

Antes de disponer la subasta judicial de un buque, el tribunal debe solicitar al Registro Nacional de Buques un informe sobre la existencia de hipotecas o embargos que lo graven, y de las inhibiciones decretadas contra su propietario (art. 553).

Cuando *prima facie*, de acuerdo con el informe mencionado, el monto total de los créditos privilegiados sobre el buque excede el importe de la base fijada para la venta en el juicio, el tribunal, a pedido de cualquier acreedor privilegiado, debe: a) Decretar el concurso especial del buque y librar oficio a los juzgados que entiendan en los juicios donde se dispusieron los embargos o inhibiciones haciendo saber a los interesados la venta ordenada; b) Disponer la publicación de edictos por 5 días en el Boletín Oficial y en un diario de los de mayor circulación de la localidad, y su fijación durante diez días en la oficina del Registro Nacional de Buques y en lugar visible en el buque, haciendo saber el concurso especial decretado sobre éste y convocando a sus acreedores privilegiados, al propietario y en su caso al armador, a un juicio verbal. Si el buque tiene menos de 10 toneladas de arqueado total la publicación se hará por 1 día. Transcurridos 15 días de la última publicación sin que se formule oposición, o resuelta ésta en forma sumaria, puede realizarse la venta, debiendo depositarse su importe a la orden del juez (art. 554).

En el juicio verbal, los acreedores deben ponerse de acuerdo sobre la distribución del precio depositado. Si no se logra el acuerdo, el juez dispondrá el inicio de una tramitación de carácter concursal, con designación de un síndico encargado de verificar y graduar los créditos privilegiados que sobre el buque, y por un lapso no menor de 20 días ni mayor de 60 días, presenten los acreedores mediante los títulos justificativos de sus créditos y del respectivo privilegio (art. 555), con derecho a impugnación (art. 556). No observados los créditos, o resueltas las impugnaciones, el juez resuelve en consecuencia con efecto de cosa juzgada, salvo dolo (art. 558). Los acreedores privilegiados cuyos créditos sean aprobados por el juez, pueden percibir de inmediato el importe respectivo (art. 559).

B) Privilegios Aeronáuticos.

Los privilegios aeronáuticos se encuentran regulados en el capítulo VII, título IV del Código Aeronáutico (C.A.; ley 17.285, B.O. 23-5-67).

Según el art. 60 del C.A., tienen privilegio sobre la aeronave:

- a) los créditos por gastos causídicos que benefician al acreedor hipotecario;
- b) los créditos por derecho de utilización de aeródromos o de los servicios accesorios o complementarios de la aeronavegación, limitándose al período de un año anterior a la fecha de reclamo del privilegio;
- c) los créditos provenientes de la búsqueda, asistencia o salvamento de la aeronave;
- d) los créditos por aprovisionamiento y reparaciones hechas fuera del punto de destino para continuar el viaje;
- e) los emolumentos de la tripulación por el último mes de trabajo.

Los créditos que se refieren a un mismo viaje, son privilegiados en el orden que establece el art. 60. Cuando se trate de privilegios de igual categoría, los créditos se cobrarán a prorrata. Los créditos privilegiados del último viaje son preferidos a los de los viajes precedentes (art. 61, C.A.).

El art. 58 del C.A. establece que “los privilegios establecidos en el presente capítulo son preferidos a cualquier otro privilegio general o especial”. Asimismo, el acreedor no podrá hacer valer el privilegio sobre la aeronave, si no lo hubiese inscripto en el Registro Nacional de Aeronaves en el plazo de tres meses a partir del término de las operaciones, actos o servicios que lo han originado.

En cuanto a la extensión del privilegio inscripto, y los bienes sobre los cuales se hace efectivo, el art. 62 del C.A. dispone: “Los privilegios se ejercen únicamente sobre la aeronave y sus partes componentes...”, mientras que el art. 59 agrega: “En caso de destrucción o inutilización del bien objeto del privilegio, este será ejercitado sobre los materiales o efectos recuperados o sobre su producido”.

Según hemos visto, el art. 60, inc. 1) del C.A., dispone que *tendrán privilegio sobre la aeronave los créditos por gastos causídicos que beneficien al acreedor hipotecario*. No estableciendo la norma que el privilegio deba extenderse a los intereses, “teniendo en cuenta la política restrictiva en la materia”, no se los considera comprendidos en el privilegio.¹⁰¹

Los privilegios instituidos por el C.A. se extinguen: 1) por la extinción de la obligación principal; 2) por el vencimiento del plazo de un año desde su inscripción, si esta no fuese renovada; 3) por la venta judicial de la aeronave, después de satisfechos los créditos privilegiados de mejor grado, inscriptos conforme al art. 58 (art. 63, C.A.).

Se estipula también que la *carga* y el *flete* se verán afectados por los privilegios, sólo en el caso de que los gastos previstos en el art. 60 inc. 3 los hayan beneficiado directamente (art. 62, C.A.), en tanto estos privilegios sobre la carga se extinguen si la acción no se ejercitara dentro de los quince días siguientes a la descarga, término que comienza a correr desde el momento en que las operaciones están terminadas, aclarándose que este privilegio no necesita inscripción (art. 64, C.A.).

En lo que respecta a la hipoteca aeronáutica, puede definirse la misma como “un derecho real, constituido en garantía de un crédito en dinero, sobre una aeronave y sus motores, que su propietario conserva en su poder”.¹⁰²

En el registro respectivo se inscriben no solo las aeronaves terminadas, sino también las aeronaves en construcción (art. 46 in fine), como asimismo sus motores (art. 41, C.A.).

Las aeronaves terminadas, en todo o en sus partes indivisas, y aquellas que se encuentren en construcción, pueden ser hipotecadas (art. 52, C.A.), al igual que sus motores (art. 45 inc. 2, C.A.). En el caso de hipoteca de motores, el deudor deberá notificar al acreedor en qué aeronave serán instalados y el uso que se hará de ellos, y el gravamen mantiene sus efectos aun cuando ellos se instalen en una aeronave hipotecada a distinto acreedor (art. 52, C.A.).

¹⁰¹ Mariani de Vidal, Marina; op. cit. en Nota 53, pág. 906.

¹⁰² Videla Escalada, Federico N.; Manual de Derecho Aeronáutico; ed. Zavalía, 1988, Buenos Aires, pág. 171.

Respecto a las formalidades a observarse y a la publicidad necesaria, dispone el art. 53 que “La hipoteca deberá constituirse por instrumento público o privado debidamente autenticado, e inscribirse en el Registro Nacional de Aeronaves”. Asimismo, la misma norma dispone que la inscripción confiere al acreedor un derecho de preferencia según el orden en que se ha efectuado. Y en el instrumento respectivo deberán constar los siguientes datos: a) nombre y domicilio de las partes contratantes; b) matrícula y número de serie de la aeronave y sus componentes; c) seguros que cubren el bien hipotecado; d) monto del crédito garantizado; e) si se trata de aeronave en construcción, se añade como recaudo su pertinente individualización de acuerdo al contrato de construcción, indicándose la etapa en que la misma se encuentre; f) si se trata de hipoteca de motores, estos deben estar previamente inscriptos e individualizados debidamente.

Por otra parte, el privilegio del acreedor hipotecario se extiende a la indemnización del seguro por pérdida o avería del bien hipotecado y a las indemnizaciones debidas al propietario por daños causados al mismo por un tercero (art. 54, C.A.). Y en caso de destrucción o inutilización del bien hipotecado, los acreedores hipotecarios podrán ejercer su derecho sobre los materiales y efectos recuperados o sobre su producido (art. 55, C.A.).

En cuanto a la extinción de la hipoteca, el art. 56 C.A. determina que se extingue de pleno derecho a los siete años de la fecha de su inscripción, si ésta no fue renovada.

C) Privilegios en la ley de Seguros.

La ley de seguros 17.418 otorga derecho de retención al tomador del seguro sobre la póliza, aun en caso de concurso o quiebra, hasta que se le haya abonado cuanto corresponda en razón de contrato (art. 25); privilegia el crédito del damnificado sobre la suma asegurada y sus accesorios en el seguro de responsabilidad civil, preferencia que se hace valer contra el asegurado y cualquier acreedor de éste, aun en caso de quiebra o concurso (art. 118); en el reaseguro (art. 160), en caso de liquidación voluntaria o forzosa del asegurador, el conjunto de los asegurados goza de privilegio especial sobre el saldo acreedor que arroje la cuenta del asegurador con el reasegurador.

Por su lado, el art. 54 de la ley 20.091 otorga privilegio general a los créditos derivados de las pólizas de seguros, aunque de diferente jerarquía según se refieran a seguros de vida o al resto de las ramas.

En el caso del seguro de vida, “el privilegio favorece a los asegurados o sus beneficiarios, y se extiende sobre el capital o renta, o el fondo acumulado (reservas matemáticas). En este caso, la norma reconoce el privilegio general preferido previsto en el art. 246 inc. 1, con igual extensión a la que se reconoce al capital emergente de sueldos, salarios y remuneraciones derivadas de una relación laboral (art. 54, inc. a)”.

En cambio, los créditos originados en contratos de seguros atinentes a las restantes ramas asegurables, “el privilegio carece de preferencia y, en consecuencia, será satisfecho sólo una vez que sean cancelados los anteriores, pudiendo afectar -únicamente- la mitad del producto líquido remanente, pues la otra mitad será destinada a cancelar -en igualdad de condiciones- los créditos quirografarios y con privilegio general (art. 247, LCQ). En caso de no alcanzar los fondos correspondientes

para la satisfacción íntegra de los créditos, la distribución deberá hacerse a prorrata”.¹⁰³

D) Privilegios en la ley de Entidades Financieras.

La ley 21.526 de Entidades Financieras (LEF), con la modificación de las leyes 24.485 y 24.627, prevé un sistema de privilegios que puede abordarse desde un triple ángulo: 1) el concerniente al B.C.R.A. (art. 53); 2) el de los créditos de los depositantes (art. 49 incs. d y e); y 3) el particular esquema del art. 13 que se refiere a la situación de los *acreedores en el país* respecto de sucursales situadas o a instalarse en el país.

1) El art. 53 LEF establece: “Los fondos asignados por el B.C.R.A. y los pagos efectuados en virtud de convenios de créditos recíprocos o por cualquier otro concepto y sus intereses, le serán satisfechos a éste con privilegio absoluto por sobre todos los demás créditos, con las siguientes excepciones en el orden de prelación que sigue: a) Los créditos con privilegio especial por causa de hipoteca, prenda y los créditos otorgados conforme a lo previsto por el art. 17 incs. b) y c) de la carta orgánica del Banco Central, en la extensión de sus respectivos ordenamientos; b) los créditos privilegiados emergentes de las relaciones laborales, comprendidos en el art. 268 de la ley 20.744 y sus modificatorias. Gozarán del mismo privilegio los intereses que se devenguen por las acreencias precedentemente expuestas, hasta su cancelación total; c) los créditos de los depositantes, de acuerdo a lo previsto en el art. 49, incs. d) y e) de la presente ley”.

La regulación del art. 241:6 LCQ, asigna a los créditos del B.C.R.A. el carácter de privilegio especial. Se ha observado que tanto en la LEF como en la LCQ “el legislador crea un privilegio especial pero no le asigna asiento”, de modo que “introduce la prelación de un crédito en una categoría de privilegios que generará en la práctica diversas cuestiones de interpretación y conflictividad”, habiendo sido calificado por ello por Dasso como un privilegio “*eunuco*”.

El privilegio se extiende tanto a capital como a intereses. Al respecto se ha criticado la mención de “*fondos*” como terminología inadecuada, en lugar de utilizar la de “*capital*” según la tradicional denominación, al tiempo que, con respecto a los intereses, se ha omitido referir el plazo “por el cual estos se privilegian, por lo que, en principio, el B.C.R.A. podrá pretender privilegio especial sobre intereses por todo el tiempo que quiera”.¹⁰⁴

Con respecto al calificativo de *absoluto* con el que la ley designa al privilegio del B.C.R.A., se ha dicho que tal vocablo “no califica jurídicamente el crédito del banco”, el que será privilegiado o no, y en su caso, especial o general, “pero no existe una categoría de privilegios que se define como *absoluto*”. Por lo que tal vocablo es “un puñetazo sobre la mesa”, mas no “la designación de una clase o categoría de créditos que modifique la taxonomía” del articulado de la ley concursal.¹⁰⁵

¹⁰³ Rangugni, Diego Emilio; *Notas peculiares del proceso de liquidación forzosa de entidades aseguradoras*, E.D., t. 172, pág. 967.

¹⁰⁴ Games, Luis María y Esparza, Gustavo A.; *Los privilegios concursales en la ley de entidades financieras*; Rev. Jur. El Derecho, 17-5-00, págs. 2/3. Citan la ponencia de Ariel Dasso, publicada en Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, ed. Ad Hoc, t. II, 1997, págs. 305/312.

¹⁰⁵ Games-Esparza; op. cit. en Nota 104, pág. 3. Citan a Maffía, Osvaldo; *La palabra absoluto y el privilegio del Banco Central: vocablos y contextos*; LL, 1990-E-610.

2) Respecto del crédito de los depositantes, el art. 49 dispone en sus incisos d) y e), lo siguiente: “d) sobre la totalidad de los fondos en conjunto, sin distinción por clase de depósitos, que la entidad financiera tuviese depositados en concepto de encaje por efectivo mínimo, otros fondos existentes a la fecha de disponerse la revocación de su autorización para funcionar o los fondos resultantes de la transferencia de los activos excluidos conforme al art. 35 bis, los depositantes tendrán un privilegio especial, exclusivo y excluyente, con excepción de los acreedores laborales previstos en el inc. b) del art. 53 para la satisfacción de su crédito, conforme a la siguiente prelación: *Hasta la suma de \$ 5.000 por persona o su equivalente en moneda extranjera, gozando de este privilegio especial una sola persona por depósito; **Sobre el remanente de dichos fondos, la totalidad de los depósitos constituidos a plazos mayores de 90 días; ***Sobre el saldo de dichos fondos, el remanente de los depósitos a prorrata; e) Los depositantes tendrán privilegio general y absoluto para el cobro de sus acreencias por sobre todos los demás créditos, con excepción de los créditos con privilegio especial de prenda e hipoteca y los acreedores laborales del inc. b) del art. 53”.

El sistema de la LEF ha dotado al crédito de los depositantes de un “doble orden de privilegios especial y general, pero además reguló un seguro a favor de los depositantes el que opera bajo particulares condiciones”. Por su lado, la LCQ solo se refiere al privilegio del B.C.R.A., mas no al privilegio de los depositantes.

Se ha criticado también lo inherente al asiento del privilegio especial, en las tres alternativas que contempla el art. 49 inc. d) arriba transcripto, toda vez que “en el sistema legal argentino, el asiento de los créditos con privilegio especial es un bien determinado”; ahora bien, en el art. 49 inc. d) LEF, “existen tres asientos del privilegio especial: a) los encajes por efectivo mínimo; b) otros fondos existentes; y c) los fondos resultantes de la transferencia de activos excluidos”, de lo que se desprende que “ninguno de ellos alcanza a cubrir los requisitos necesarios para ser considerados como tales”.

En cuanto a los encajes por efectivo mínimo, los mismos “han sido eliminados del sistema financiero, siendo sustituidos por los requisitos mínimos de liquidez (Comunicación “A” 2350 del BCRA”, razón por la cual, el asiento de este privilegio “ha desaparecido por un acto de la autoridad monetaria, quien no se ha limitado a la modificación del *nomen*, sino que la figura es otra y distinta”.

Respecto de los *otros fondos existentes a la fecha de disponerse la revocación de la autorización para funcionar*, ello “no constituye la determinación de un asiento, por su vaguedad y amplitud”, ya que ello permitiría “incluir todas las disponibilidades en caja y bancos, moneda extranjera y otros valores líquidos”.

Finalmente, con relación a *los fondos resultantes de la transferencia de los activos excluidos conforme al art. 35 bis*, “tampoco existe asiento. En efecto, es de la esencia del procedimiento de exclusión que solo resulten transferidos los activos necesarios y equivalentes para satisfacer los créditos de los depositantes. Por ello, no hay *fondos resultantes* (esto es, que resulten o se originen en) ni importes pagados por el precio de la transferencia”.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Games-Esparza; op. cit. en Nota 104, pág. 3. Citan a Ambrogui, G.; *La exclusión de activos y pasivos en la ley bancaria*; LL, año LXII, n° 69, 8-4-98, págs. 1/5.

En cuanto al privilegio general de los depositantes previsto en el art. 49 inc. e) de la LEF, se ha dicho que, al parecer, estos créditos “no estarían alcanzados por la limitación que a los mismos (con excepción de los laborales) impone el art. 247 de la LCQ”, por lo que “en principio, estos acreedores podrían reclamar la totalidad de sus créditos”. En cuanto al asiento del privilegio general, estará conformado por “todos los bienes de la entidad fallida”, tal como corresponde a este tipo de privilegios.

A este sistema de privilegios, “debe agregarse una interesante innovación que introdujo la ley 24.485 al crear un particular seguro de garantía a favor de los depositantes”, cuyo art. 1ro., establece: Créase el seguro de garantía de los depósitos que será limitado, obligatorio y oneroso, con el objeto de cubrir los riesgos de los depósitos bancarios, en forma subsidiaria y complementaria al sistema de privilegios y protección de los depósitos establecidos por la ley de entidades financieras, sin comprometer los recursos del B.C.R.A. ni del Tesoro Nacional. Facúltase al B.C.R.A. a organizar y poner en funcionamiento el sistema creado por el presente artículo.

3) El art. 13, 2do. párrafo de la LEF, dispone: “Las sucursales de entidades extranjeras establecidas y las nuevas que se autorizaren, deberán radicar efectiva y permanentemente en el país los capitales que correspondan según el art. 32 y quedarán sujetos a las leyes y tribunales argentinos. Los acreedores en el país gozarán de privilegio sobre los bienes que esas entidades posean dentro del territorio nacional”.

Esta disposición, que otorga preeminencia a los acreedores nacionales sobre los extranjeros se aplica, en principio, solamente “en aquellos supuestos en que exista una liquidación de una entidad financiera” que “se realice en nuestro país, sea en forma directa o por aplicación del art. 4 de la ley 24.522”, y no en la generalidad de los casos. Ello así, dado que “nuestra legislación no ha previsto la cuestión de los efectos extraterritoriales de la sentencia de quiebra, y ha seguido un criterio marcadamente territorialista”.

Se ha criticado esta disposición, pues la ley, al hablar de *acreedores en el país*, “no ha distinguido, para la aplicación de este dispositivo, entre los diversos tipos de acreedores (privilegiados o quirografarios), por lo que indirectamente, en una liquidación, los acreedores quirografarios –sobre el producido de los bienes existentes en el país- van a postergar a los créditos que deban ser abonados en el extranjero, o que correspondan a un concurso abierto en el extranjero”.¹⁰⁷

En síntesis, la ley 24.627 “presenta en materia laboral el siguiente panorama: a) Establece el fuero de atracción en los procesos relativos a exclusión de activos y pasivos y transferencia a otras entidades financieras; b) Permite la ejecución forzada contra los activos excluidos, por créditos nacidos de una relación laboral; c) Mejora la preferencia de los créditos laborales privilegiados, colocándolos sobre los de los depositantes. d) Crea un nuevo privilegio laboral, ajeno a la LCQ -y por cierto al derogado título XIV de la LCT- cuales son los intereses, protegidos en el art. 242 de la LCQ por dos años y ahora sin límite en el tiempo”.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Games-Esparza; op. cit. en Nota 104, pág. 4.

¹⁰⁸ Gallo, Gustavo J.; *Los privilegios laborales en la Ley de Entidades Financieras*, TySS, 1996, pág. 252.

Ordenamiento general de los Privilegios de la LEF y la LCQ.

Games y Esparza proponen el siguiente escalonamiento de privilegios:

- “1. Reserva de gastos (art. 244 LCQ);
2. Créditos hipotecarios, prendarios y créditos constituidos según lo previsto por el art. 17 incs. b) y c) carta orgánica BCRA (arts. 43, LEF y 241:6, LCQ);
3. Créditos laborales según art. 268, LCT (art. 53, LEF y art. 241 incs. 6 y 2, LCQ);
4. Créditos de los depositantes en moneda extranjera o nacional (arts. 49 inc. d) y 53, LEF);
5. Créditos del BCRA (art. 53, LEF y art. 241:6, LCQ);
6. Créditos privilegiados con privilegio especial (art. 241, LCQ);
7. Gastos de conservación y justicia (acreedores del concurso) (art. 240, LCQ);
8. Créditos de los depositantes en moneda nacional o extranjera con privilegio general (arts. 49, inc. e) y 53, LEF);
9. Laborales con privilegio general (art. 246:1, LCQ);
10. Créditos con privilegio general (art. 246, LCQ);
11. Créditos quirografarios (art. 248, LCQ);
12. Créditos subordinados (art. 250, LCQ)”.¹⁰⁹

E) Privilegios creados por leyes especiales.

La ley 12.962 (B.O. 25-VI-46), en su t.o. por Dec. 897/95 (B.O. 12-XII-95), que ratifica el Decreto Ley 15.348/46 regulatorio de la Prenda con Registro, otorga por su art. 3 al acreedor privilegio especial sobre los bienes afectados a la prenda, por el importe de la obligación asegurada, intereses y gastos en los términos del contrato y de las disposiciones del citado decreto, que se extiende, salvo convención en contrario, a todos los frutos, productos, rentas e importe de la indemnización concedida o debida en caso de siniestro, pérdida o deterioro de los bienes prendados.

La ley 13.512 de propiedad horizontal (B.O. 18-X-48), otorga por su art. 17 el privilegio de los arts. 3901 (gastos de conservación de la cosa) y 2686 (retención de la cosa) del Código Civil, al crédito derivado de la obligación del pago de las expensas y primas de seguro total del edificio.

Por su lado, la ley 13.246 de aparcería y arrendamientos rurales (B.O. 18-IX-48), con las modificaciones introducidas por leyes 14.432, 14.451, 17.181 y 21.452, y decreto 1638/63, otorgaba privilegio sobre el inmueble al crédito del arrendatario por reintegro del valor de las mejoras y reparaciones, sus intereses y costas, con preferencia a los demás créditos, incluso al del acreedor hipotecario, facultándolo a ejercitar el derecho de retención (art. 12). Pero la ley 22.298 derogó tal disposición, y con ello la preferencia.

F) Privilegios omitidos.

El art. 141 de la LCQ establece: “Si un tercero ha adquirido derecho real sobre los bienes enajenados, mediando las circunstancias del art. 139 y sus incs. 1 y 2, y adeuda su contraprestación, el enajenante puede requerir la cesión del crédito, siempre que sea de igual naturaleza que el suyo. Si es de distinta naturaleza, tiene privilegio especial sobre la contraprestación pendiente hasta la concurrencia de su crédito. Igual derecho asiste al enajenante sobre la indemnización debida por el ase-

¹⁰⁹ Games-Esparza; op. cit. en Nota 104, pág. 5.

gurador o por cualquier otro tercero responsable, cuando los objetos hubieran desaparecido o perecido total o parcialmente encontrándose en las condiciones del párrafo precedente o en la de los artículos 139 y 140”.

Señalan Fassi y Gebhardt a este respecto, que el supuesto corresponde al caso de una enajenación de bienes hecha al fallido, sobre la que éste no ha tomado posesión efectiva ni cumplido íntegramente su prestación, y en la que un tercero tiene un derecho real sobre los bienes enajenados. Si el tercero adeuda su contraprestación, la norma faculta al enajenante para requerir la cesión del crédito en su beneficio, siempre que el crédito sea de igual naturaleza que el suyo. Pero si es de distinta naturaleza, tiene privilegio especial sobre la contraprestación pendiente hasta la concurrencia de su crédito. Por último, el enajenante conserva su derecho, que se extiende sobre las indemnizaciones que pudieran derivarse por deterioro o pérdida total o parcial de la cosa, debidas por el asegurador u otro tercero.¹¹⁰

A su vez, debe considerarse como privilegio omitido el caso del art. 120 de la LCQ, que regula la acción revocatoria por los acreedores, que dispone: “Sin perjuicio de la responsabilidad del síndico, cualquier acreedor interesado puede deducir a su costa esta acción, después de transcurridos treinta días desde que haya intimado judicialmente a aquél para que la inicie...”.

“La acción regulada por los arts. 961 a 972 del Código Civil, sólo puede ser intentada o continuada por los acreedores después de haber intimado al síndico para que la inicie o prosiga, sustituyendo al actor, en el término de treinta días. En ambos casos, si se declara la ineficacia, el acreedor tiene derecho al resarcimiento de sus gastos y a una preferencia especial sobre los bienes recuperados, que determina el juez entre la tercera y la décima parte del producido de éstos, con límite en el monto de su crédito”. (art. 120, LCQ).

4.2.2.1.3. ORDEN DE LOS PRIVILEGIOS ESPECIALES

El art. 243 LCQ establece: “Los privilegios especiales tienen la prelación que resulta del orden de sus incisos, salvo: 1) En el caso de los incs. 4 y 6 del art. 241, en que rigen los respectivos ordenamientos; 2) El crédito de quien ejercía derecho de retención prevalece sobre los créditos con privilegio especial si la retención comenzó a ejercerse antes de nacer los créditos privilegiados.

Si concurren créditos comprendidos en un mismo inciso y sobre idénticos bienes, se liquidan a prorrata.”

Como se advierte, el rango de las preferencias frente a una eventual concurrencia de privilegios especiales, es resuelto según el orden de los incisos del art. 241.

Los privilegios establecidos en el inc. 6 del art. 241 -derivados de leyes especiales- “desplazan a cualquier otro concurrente”. Tal el caso del acreedor prendario que posterga incluso al acreedor laboral que contaba con la misma cosa como

¹¹⁰ Fassi-Gebhardt; op. cit., pág. 332.

asiento de su privilegio. En tal caso y “más allá de su acierto o error, la solución resulta inequívoca en favor de la prioridad de la garantía prendaria”.¹¹¹

Para Rouillon, los privilegios especiales “tienen el máximo rango respecto de los créditos de otras categorías, salvo los gastos del art. 244 de la LCQ”.

El citado autor establece tres reglas básicas para discernir el orden de los privilegios, conforme lo resuelve el art. 243 de la LCQ. Ellas son:

- a) La preferencia se establece de acuerdo al orden de los incisos del art. 241 LCQ, “con la advertencia que el privilegio del *retenedor* que, en principio, está en el quinto lugar, pasa al primer lugar si la retención comenzó a ejercerse antes de nacer los créditos privilegiados” (art. 243:2, LCQ);
- b) Se recurre al pago a *prorrata*, “cuando concurren créditos comprendidos dentro del mismo inciso (sobre el precio de venta de los mismos bienes asiento común de todos los privilegios implicados)”;
- c) “Como *excepciones* a las reglas precedentes, los créditos con privilegios especiales de los incs. 4 y 6 del art. 241 de la LCQ, que concurren entre ellos” según lo disponen los respectivos ordenamientos que los rigen (art. 143:1, LCQ).¹¹²

4.2.2.1.4. RESERVA DE GASTOS

El art. 244 LCQ dice: “Antes de pagar los créditos que tienen privilegios especiales, se debe reservar del precio del bien sobre el que recaen, los importes correspondientes a la conservación, custodia, administración y realización del mismo efectuados en el concurso. También se calcula una cantidad para atender a los gastos y honorarios de los funcionarios del concurso, que correspondan exclusivamente a diligencias sobre tales bienes”.

Para Rouillon, los gastos y honorarios que menciona el art. 244 de la LCQ “tienen el máximo rango concursal posible, ya que -cuando existen- prevalecen aun por sobre los privilegios especiales con asiento sobre el bien liquidado”¹¹³, incluso “en el caso de que éstos hayan dado lugar a concursos especiales”.¹¹⁴

Asimismo, “el gasto de justicia es absolutamente privilegiado respecto de los créditos en cuyo interés se causa, y el criterio para establecer su asiento está dado por la cantidad y determinación de los bienes en relación a los cuales fue hecha la expensa”.¹¹⁵

Ya la exposición de motivos del dec. ley 19.551/72 explicaba la naturaleza de la reserva de gastos y la preferencia a ellos reconocida, cuando han beneficiado a los créditos con privilegio especial, los que “no habrían obtenido el resarcimiento de su crédito sin la intervención necesaria de los funcionarios de la quiebra”.¹¹⁶

4. 2.2.1.5. SUBROGACIÓN REAL

¹¹¹ Fassi-Gebhardt; op. cit., pág. 480.

¹¹² Rouillon, Adolfo N.; op. cit., pág. 273.

¹¹³ Rouillon, Adolfo N.; op. cit., pág. 273.

¹¹⁴ Fassi-Gebhardt; op. cit., pág. 480.

¹¹⁵ Lloveras, Néstor Luis; *El Privilegio de los gastos de justicia y la nueva ley de concursos*, E.D., t. 45, pág. 891.

¹¹⁶ Fassi-Gebhardt; op. cit. en Nota 18, pág. 480.

El art. 245 LCQ dispone: “El privilegio especial se traslada de pleno derecho sobre los importes que sustituyan los bienes sobre los que recaía, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permita la subrogación real. En cuanto exceda de dichos importes los créditos se consideran comunes o quirografarios para todos sus efectos, salvo lo dispuesto en el art. 246 inc. 1”.

En principio, el privilegio especial “sólo puede hacerse valer sobre el bien que constituye su asiento. Empero, si el bien asiento del privilegio es sustituido (por su precio de enajenación, una indemnización, etc.), la prelación se ejerce -de pleno derecho- sobre el sustituto”.

Asimismo, “si el producto de la realización del bien asiento del privilegio (o el respectivo importe sustitutivo) es *insuficiente* para cubrir alguna parte de un crédito privilegiado, la porción insatisfecha con preferencia concurrirá como acreencia *quirografaria*” (salvo lo dispuesto en el art. 246:1, LCQ).¹¹⁷

La subrogación real u objetiva en materia de privilegios especiales normada por el art. 245 LCQ, opera así “sobre los importes que sustituyan a los bienes sobre los que recaía el privilegio, cualquiera sea el motivo de la sustitución; por ej., el pago de un seguro por destrucción de la cosa prendada o hipotecada”.

Pero si, liquidado el bien, no alcanza a cubrirse el monto del crédito, el excedente pasa a ser quirografario, salvo que el privilegio corresponda a un crédito laboral, en cuyo caso el saldo impago tendrá un privilegio general.¹¹⁸

La norma en análisis, resuelve en suma que el asiento del privilegio “se extiende a los bienes que reemplazan a aquel que fue inicialmente afectado al mismo”, trasladándose “al precio, si hay venta, o al importe del seguro, si hay siniestro”.

Los privilegios comprendidos son los especiales, no pudiendo recaer sobre los generales, pues en éstos “falta la individualización del bien, consustancial con la figura de la subrogación real”.¹¹⁹

4. 2.2.2. CRÉDITOS CON PRIVILEGIO GENERAL

Dispone el art. 246 LCQ que son créditos con privilegio general:

“1) Los créditos por remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador por seis meses y los provenientes por indemnizaciones de accidente de trabajo, por antigüedad o despido y por falta de preaviso, vacaciones y sueldo anual complementario, los importes por fondo de desempleo y cualquier otro derivado de la relación laboral. Se incluyen los intereses por el plazo de dos años contados a partir de la mora, y las costas judiciales en su caso.

2) El capital por prestaciones adeudadas a organismos de los sistemas nacional, provincial o municipal de seguridad social, de subsidios familiares y fondos de desempleo.

3) Si el concursado es persona física: a) Los gastos funerarios según el uso; b) Los gastos de enfermedad durante los últimos seis meses de vida; c) Los gastos de nece-

¹¹⁷ Rouillon, Adolfo N.; op. cit., pág. 274.

¹¹⁸ García Martínez, Roberto; op. cit. en Nota 2, pág. 604.

¹¹⁹ Fassi-Gebhardt; op. cit., pág. 481.

sidad en alojamiento, alimentación y vestimenta del deudor y su familia durante los seis meses anteriores a la presentación en concurso o declaración de quiebras.

4) El capital por impuestos y tasas adeudados al fisco nacional, provincial o municipal.

5) (Inciso introducido por la ley 24.760, art. 7) El capital por facturas de crédito aceptadas por hasta veinte mil pesos por cada vendedor o locador. A los fines del ejercicio de este derecho, sólo lo podrá ejercitar el librador de las mismas incluso por reembolso a terceros, o cesionario de ese derecho del librador”.

4.2.2.2.1. NATURALEZA JURÍDICA DE ESTOS CRÉDITOS

El privilegio reconocido a los acreedores con privilegio general, enumerados en el art. 246 LCQ, recae sobre “todos los bienes del fallido, sean muebles o inmuebles”. Para cobrar sus créditos, estos acreedores deben esperar la liquidación final, ajustándose a la ley del dividendo, y después de ser pagados los privilegiados especiales, los créditos del art. 240 LCQ, y los beneficiados con el “pronto pago”, si existe remanente del producido de los bienes afectados a su privilegio.¹²⁰

4.2.2.2.2. ORDEN DE PREFERENCIA Y FORMA DE PAGO

El art. 246 LCQ no establece un orden de jerarquía para los privilegios que enumera, salvo la mención específica a los créditos mencionados en su inciso 1º, por la expresa referencia que al respecto formula el art. 247 LCQ. En tal sentido, se establece que serán abonados después de los créditos con privilegio especial y de los créditos del concurso del art. 240, por lo que cabe interpretar que tales importes “no se computan dentro del límite del 50 % del producto líquido de los bienes” que establece el art. 247 LCQ, y que tampoco “participa a prorrata con los comunes o quirografarios en la forma prevista para los otros créditos” por el citado art. 247 LCQ.¹²¹

En el marco del concurso preventivo, y según dispone el art. 16 LCQ, por aplicación del instituto del *pronto pago* que será analizado pormenorizadamente más adelante, el juez autorizará el pago de los créditos del art. 246 inc. 1, previa comprobación de sus importes por el síndico y prioritariamente con el resultado de la explotación.

Los créditos comprendidos en el art. 246 LCQ “no ejercen su preferencia sobre el producto de la liquidación de un bien determinado, sino sobre el resto del producido de la liquidación de todo el activo falencial”.

Asimismo, la enumeración de los créditos con privilegio general “es *taxativa* y de *interpretación restrictiva*; no puede ampliarse ni extenderse por analogía. La *conurrencia entre privilegios generales* se hace según las reglas del art. 247 de la LCQ”.¹²²

¹²⁰ García Martínez, Roberto; op. cit. en Nota 2, pág. 605.

¹²¹ García Martínez-Fernández Madrid; op. cit. en Nota 5, pág. 1411.

¹²² Rouillon, Adolfo N.; op. cit., pág. 275.

4.2.2.2.3. CRÉDITOS LABORALES

Este tema, al igual que el referido a asignaciones familiares, fondo de desempleo, vacaciones y créditos de los organismos de la seguridad social, tendrá tratamiento específico en el presente trabajo, donde remitimos.

4.2.2.2.4. INTERESES

En cuanto a los intereses para los acreedores con privilegio general, se reconoce sólo al capital, salvo la excepción del inc. 1° del art. 246, según el cual gozan de privilegio general los intereses por dos años contados a partir de la mora (si la mora fuera mayor a dicho plazo, el excedente por intereses es sólo quirografario), y las costas judiciales, derivadas de créditos provenientes de la relación laboral, limitados por seis meses.¹²³

4.2.2.2.5. EL CAPITAL POR IMPUESTOS Y TASAS ADEUDADAS AL FISCO

Sin perjuicio de lo expuesto en relación a esta temática en párrafos precedentes, señalamos que los créditos del fisco tienen según el art. 246:4 LCQ privilegio general, recordando que gozan de privilegio especial cuando “se aplican particularmente a determinados bienes, sobre éstos” (art. 241:3, LCQ).

Quedan comprendidos dentro del privilegio general los créditos por deudas mantenidas con el fisco nacional, provincial o municipal. “Alcanza a todos, incluso a los que se aplican particularmente a determinados bienes, pero éstos gozan, además, del privilegio especial del art. 241, inc. 3, de la LCQ”.

Y como sólo alcanza al capital adeudado por impuestos y tasas, “no comprende los accesorios ni los recargos y multas”.¹²⁴

4.2.2.2.6. GASTOS FUNERARIOS Y DE ÚLTIMA ENFERMEDAD

Según se desprende del art. 246:3, si la muerte del deudor ocurriera después de la apertura del concurso, debe entenderse que los gastos funerarios son efectuados por el síndico “según el uso”, y con autorización del juez. En cambio, si el deudor falleciera antes de la apertura o quiebra, la norma dispone que estos gastos tienen privilegio general.

Con respecto a los gastos de la última enfermedad, sólo se consideran privilegiados si tal enfermedad ocasionó la muerte del deudor, pues el art. 246 inc. 3 ap. b) LCQ reconoce el privilegio a los “gastos de enfermedad durante los últimos seis meses de vida”, solución que prevalece sobre la del Código Civil donde, en contrario a ello, se establece el privilegio también por 6 meses, aun cuando el enfermo sane o muera (art. 3880 C.C. y su nota).

¹²³ García Martínez-Fernández Madrid; op. cit. en Nota 5, pág. 1371.

¹²⁴ Fassi-Gebhardt; op. cit., pág. 483.

4.2.2.2.7. ALIMENTOS Y GASTOS INDISPENSABLES

La ley reconoce privilegio general a los créditos surgidos de “gastos de necesidad en alojamiento, alimentación y vestimenta del deudor y su familia, durante los seis meses anteriores a la presentación en concurso o declaración de quiebra” (art. 246:3, ap. c), LCQ), disposición que amplía el campo de aplicación del privilegio en comparación con el Código Civil, el cual sólo lo reconoce con relación a los alimentos suministrados al deudor y su familia. (art. 3880, inc. 4, C.C.).

Entendemos que quedan comprendidos en el concepto legal, todos aquellos gastos mínimos e indispensables relativos a la vivienda del deudor y su familia; a su alimentación y consumos básicos diarios, y a lo imprescindible en lo relativo a la vestimenta de todos ellos, con resguardo del decoro y dignidad personales, sin que puedan computarse aquellos gastos suntuarios o lujosos, que resulten prescindibles según pautas de un modelo promedio y objetivo de interpretación de tales géneros de consumo.

4.2.2.2.8. FACTURAS DE CRÉDITO

La ley 24.760 incorporó como crédito con privilegio general, “el capital por facturas de crédito aceptadas de hasta veinte mil pesos por cada vendedor o locador”, reconociendo el derecho sólo al librador (vendedor) de las facturas.

Se ha criticado esta inclusión sosteniendo que “existe un propósito de política legislativa que excede la temática concursal”, y que desde el ángulo del derecho concursal “la solución irrumpe asistemáticamente y sin que se avizore que con esa falta metodológica se logre objetivo alguno de la índole de los vinculados al crédito y su circulación”.¹²⁵

4.2.2.2.9. EXTENSIÓN DE LOS CRÉDITOS CON PRIVILEGIO GENERAL

Dispone el art. 247 LCQ: “Los créditos con privilegio general sólo pueden afectar la mitad del producto líquido de los bienes, una vez satisfechos los créditos con privilegio especial, los créditos del art. 240 y el capital emergente de sueldos, salarios y remuneraciones mencionados en el inc. 1 del art. 246. En lo que excedan de esa proporción, los demás créditos enumerados en el art. 246 participan a prorrata con los comunes o quirografarios, por la parte que no perciban como privilegiados”.

De acuerdo a esta norma, Rouillon diferencia dos clases dentro de los privilegios generales: a) Los acreedores *laborales* (art. 246:1, LCQ), y b) Los acreedores *restantes*.

Los primeros tienen mejor *rango* que los demás, “ya que cobran con preferencia a éstos y, además, sobre *todo* el monto del producto de la liquidación del activo falencial (después de satisfechos los créditos preferentes de los arts. 244, 241 y 240, LCQ). En caso de insuficiencia, concurren entre ellos a *prorrata*”.

¹²⁵ Fassi-Gebhardt; op. cit., pág. 484.

Los segundos (art. 246, incs. 2 a 4, LCQ), “sólo pueden afectar la *mitad* del producto premencionado, porque la otra mitad se destina a pagar al porcentaje impago de los privilegios generales, en concurrencia *pari passu* con los acreedores quirografarios. En caso de insuficiencia, concurren entre ellos a *prorrata*”.¹²⁶

4.2.2.2.10. UBICACIÓN DE LOS PRIVILEGIOS GENERALES EN EL ORDEN DE PREFERENCIA

Por el mecanismo de preferencia concursal, según se ha visto, en la liquidación final que proyecte el síndico se tienen en cuenta en primer término los acreedores con privilegio especial, los gastos del art. 244 LCQ (si los hubiere), los acreedores del concurso, y luego el capital emergente de sueldos, salarios y remuneraciones mencionados en el art. 246:1, LCQ.

Si no queda remanente, solo cobrarán los acreedores nombrados, y en el orden establecido.

Pero si de la realización del activo del deudor quedara un saldo, una vez satisfechos aquellos créditos, el 50% se imputará al pago de los restantes créditos con privilegio general, incluyendo los demás rubros del art. 246:1 LCQ, y si, a su vez, quedara un remanente, el mismo pasará a engrosar la parte de los quirografarios. Si dicho saldo no supera la mitad, se distribuirá entre aquellos a *prorrata*. Si queda excedente, se aplica la segunda parte del art. 247 LCQ, y de tal modo concurren, a *prorrata*, los privilegiados generales por la parte impaga, con los quirografarios.

4.2.2.3. CRÉDITOS COMUNES O QUIROGRAFARIOS. PRORRATEO

Dispone el art. 248 LCQ que: “Los créditos a los que no se reconocen privilegios son comunes o quirografarios”. Y a su vez, el art. 249 LCQ establece: “No alcanzando los fondos correspondientes, a satisfacer íntegramente los créditos con privilegio general, la distribución se hace a *prorrata* entre ellos. Igual norma se aplica a los quirografarios”.

La regla general en materia concursal, es que “todo crédito es común o quirografario (*pars conditio creditorum*), a menos que tengan legalmente reconocida una prioridad o un privilegio que asignen rango preferencial”. Sin embargo, “el carácter *común* o *quirografario* no implica el peor de los grados en el *ranking* de la concurrencia”, pues debajo de ellos se encuentran los créditos *subordinados*.¹²⁷

4.2.2.3.1. ACREEDORES COMUNES O QUIROGRAFARIOS

Para Fassi, Gebhardt, García Martínez y Fernández Madrid, en que los acreedores quirografarios (art. 248 LCQ) quedan determinados en la norma *por*

¹²⁶ Rouillon, Adolfo N.; op. cit., págs. 275/276.

¹²⁷ Rouillon, Adolfo N.; op. cit., pág. 276.

exclusión, respecto de aquellos a los que se les ha reconocido un privilegio, por lo cual, a falta de una disposición legal expresa, el crédito es común.¹²⁸

Por otra parte, el crédito privilegiado “se convierte en quirografario, si el acreedor renuncia al privilegio”.¹²⁹

En consecuencia, aquellos acreedores a quienes no se reconoce un privilegio, son acreedores comunes y tienen los derechos que les asigna el art. 247, concurrendo a prorrata sobre la mitad de los bienes líquidos, una vez pagados los acreedores privilegiados.

4.2.2.3.2. PAGO A PRORRATA

El pago a prorrata “es regla de reparto concursal en los casos de insuficiencia de producto distribuible a acreedores de igual rango. Sólo se exceptúan ciertos acreedores con privilegio *especial*”.

La distribución *a prorrata*, significa que a cada crédito se paga una porción igual, que se establece “dividiendo el producto repartible por la suma total de los créditos con derecho de concurrencia sobre el mismo”. Pero al mismo tiempo, el prorrato significa que “cada acreedor sometido a ella *pierde* un porcentaje (no una cantidad) de su crédito igual al porcentaje que pierden los restantes acreedores del mismo rango que él”.¹³⁰

4.2.2.4. CRÉDITOS SUBORDINADOS

Dispone el art. 250 LCQ: “Si los acreedores hubiesen convenido con su deudor la postergación de sus derechos respecto de otras deudas presentes o futuras de éste, sus créditos se regirán por las condiciones de su subordinación”.

Subordinación, significa “*postergación de rango*, esto es, un nivel inferior en el *ranking* de la concurrencia entre acreedores”, la cual “siempre debe entenderse *en relación* a otro acreedor o a otra categoría de acreedores, con respecto a quienes viene a colocarse al crédito *subordinado* en situación de cobro *posterior*. Esta situación puede tener origen *legal* (art. 4, LCQ) o *convencional* (art. 3876, C.C., modificado por art. 76, ley 24.441)”.¹

4.2.2.4.1. LA RENUNCIA DE DERECHOS Y LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS

El art. 250 LCQ introduce una regulación inexistente en la anterior legislación concursal, aunque no resulta novedosa desde la óptica del sistema civil de extinción de las obligaciones. El art. 724 del Código Civil, prevé como forma de extinción la “renuncia de derechos del acreedor”, lo que, en principio, “borra la virtualidad obligacional”. Pero puede que dicha renuncia sea parcial, o que solo impli-

¹²⁸ Fassi-Gebhardt; op. cit., pág. 485. García Martínez-Fernández Madrid; op. cit. en Nota 5, pág. 1417.

¹²⁹ Fassi-Gebhardt; op. cit., pág. 485.

¹³⁰ Rouillon, Adolfo N.; op. cit., pág. 276.

¹³¹ Rouillon, Adolfo N.; op. cit., pág. 277.

que “una postergación o una abdicación al derecho de prorrateo, lo cual no entraña desmedro alguno para los acreedores”.

La ley 24.441 (B.O. 16-1-95) introdujo al art. 3876 del Código Civil el siguiente agregado: *Puede convenirse la postergación de los derechos del acreedor hasta el pago total o parcial de otras deudas presentes o futuras del deudor*, lo que hace “explícita tal permisión”.¹³²

¹³² Fassi-Gebhardt; op. cit., pág. 486.

CAPITULO 5

INSOLVENCIA TRANSNACIONAL

5.1. CONCEPTO DE INSOLVENCIA TRANSNACIONAL

Abordar la problemática de la insolvencia en la legislación nacional y hacerlo en el ámbito de la insolvencia transnacional exige extremar el análisis para encuadrar el problema y hallar las soluciones más acordes procurando conciliar los intereses de todos los acreedores e inclusive del mismo deudor.

El tema central de la elaboración doctrinaria se desarrolla en torno a la cesación de pagos, esa impotencia patrimonial que impide al deudor cumplir con sus obligaciones a medida que van venciendo.

La Ley 24.522 sobre Concursos y Quiebras de 1995 con las sucesivas reformas que sufrió a lo largo de estos años, trata el proceso de reorganización de la empresa (el concurso preventivo), el proceso liquidatorio (la quiebra), pero también surgen nuevas instituciones entre ellas el Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE) y el Salvataje o Cramdown.

“El derecho privado internacional se ha desarrollado en virtud del incremento de las relaciones económico-jurídicas, que exceden el territorio de un Estado, lo que se ha incrementado notablemente en los últimos años. Así, un deudor, extendiendo sus operaciones fuera de su país puede contraer obligaciones en el extranjero y tener allí también parte de su patrimonio. Esto ha llevado, atento las diferentes jurisdicciones involucradas, a desarrollarse los sistemas de unidad y pluralidad concursal internacional, los que resultan independientes del principio de unidad que rige los concursos en el derecho interno.”⁹²

La mayoría de los autores sostiene que los orígenes directos de la quiebra, se encuentran en la Edad Media en los Estatutos de la Ciudades italianas del Norte. En estos estatutos, la quiebra se configuraba mediante la cesación de pagos, aparece el concepto de desapoderamiento, se busca obtener la igualdad entre los acreedores, nace el concepto de la *par conditio creditorum*, surge la figura del síndico y la verificación de créditos.

La quiebra es un procedimiento de ejecución forzada de los créditos sobre un patrimonio insuficiente que se liquida por la colectividad de acreedores bajo el principio de la comunidad de pérdidas.

En materia de quiebra internacional, se produce una especial complejidad, al proyectarse al tráfico externo, creándose la presencia de un enorme potencial de actuación para el derecho internacional privado.⁹³

El más ambicioso intento multinacional de convenio sobre procedimientos concursales llevado a cabo en los últimos tiempos ha sido, sin duda, la Convención de la Unión Europea sobre Procedimientos de insolvencia. (...)

⁹² Graziabile, Darío, “Efectos transfronterizos de la insolvencia. La globalización concursal, un tema cada vez más actual”, ED, 210-894.

⁹³ Valencia Mercaido, María Victoria, “La quiebra internacional”, <http://www.concursos.bioetica.org/concurso22.htm>

Los lineamientos generales de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre la insolvencia transfronteriza están contenidos en su preámbulo cuyo texto se transcribe:

“La finalidad de la presente Ley es la de establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza con miras a promover el logro de los objetivos siguientes:

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

La Ley Modelo incluye definiciones de los principales términos utilizados en el texto.

La ley 24.522 en el art. 4° se refiere a “concurso en el extranjero”, la Ley Modelo utiliza una expresión más genérica “procedimiento extranjero”. (...)

5.2. PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

Históricamente se observa que la categoría clásica utilizada para encuadrar el fenómeno de la insolvencia, remitía a las soluciones propias de los institutos liquidativos, de naturaleza colectiva, denominados “quiebra” o “falencia”. Actualmente, han surgido nuevas instituciones con soluciones que la Dra. María Elsa Uzal califica como “asistemáticas”, que permiten hablar de reorganizaciones, saneamiento, recuperación y salvatajes del deudor empresario y que brindan cauce a un complejo conjunto de intereses, que ya no discurren en la clásica tensión *deudor- acreedor*, sino que se combinan con los intereses de dependientes, clientes, proveedores, consumidores y de la economía en general.⁹⁴

Por ello, se puede denominar a esta nueva categoría con el título genérico de “procedimientos de insolvencia”.

5.2.1. PROCEDIMIENTOS INTERNACIONALES VINCULADOS A LA INSOLVENCIA

⁹⁴ Uzal, María Elsa, *Panorama de la regulación de la insolvencia en el derecho comparado y en el derecho internacional privado argentino*, (Relato de la Sección Derecho Internacional Privado en el XIX Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho internacional y XV Congreso Argentino de Derecho Internacional (Mar del Plata, 27 a 29 de setiembre de 2007) en Anuario Argentino de Derecho Internacional , AADI XVI 2007, págs. 19 a 77, pág. 21.

En el Derecho Internacional Privado el tema de los procedimientos de insolvencia son de crucial importancia. En especial, cuando ante la insuficiencia patrimonial, la cesación de pagos o ante la presencia de hechos reveladores de la cesación de pagos, el deudor tiene bienes en más de un Estado o existen acreedores del deudor que no son del Estado en el que se ha abierto el procedimiento de insolvencia.

Cuando existen acreedores y deudores en varios países o cuando los créditos, las deudas o bienes afectados no están todos en una misma jurisdicción estatal, se habla de “insolvencia transnacional” o de “quiebra o concurso multinacional”.

Ante esta situación, existen países que prevén, en sus normas de Derecho Internacional Privado interno, los problemas que puede acarrear la quiebra o concurso multinacional y entre ellos se perfila legislativamente y doctrinariamente dos grandes corrientes orientadoras: la de la unidad, extraterritorialidad o universalidad de la quiebra, y la de la pluralidad o territorialidad. Junto a ellas han surgido también sistemas mixtos o dualistas con elementos de ambas posiciones.

Algunos ponen el acento en el estatuto real distinguiendo entre bienes muebles e inmuebles del deudor, con aplicación al principio de la “*lex rei sitae*”. Otros proponen distinguir entre los efectos patrimoniales de la quiebra (liquidación de bienes) sometidos a la “*lex rei sitae*” de los efectos personales (incapacidad, inhabilitación, inhibición) regidos por la ley personal del fallido.

En cuestiones de naturaleza internacional debe recordarse la correspondencia que media entre *ius* y *forum*. Según el lugar donde se plantee jurisdiccionalmente la cuestión, el juez que entienda en la causa la resolverá, por lo general, aplicando sus propias reglas de procedimiento (puramente internas o internacionales) en lo formal o adjetivo y su derecho internacional privado, ya de fuente nacional o convencional, en lo sustancial o de fondo.⁹⁵

Existen dos sistemas básicos de competencia judicial en el derecho procesal internacional en materia de quiebras, inspirados en las no menos clásicas corrientes que dividen las posiciones en cuanto al derecho de fondo. Por un lado, “la unidad, universalidad o extraterritorialidad de la quiebra o concurso” y por otro, “la pluralidad, el fraccionamiento o la territorialidad” del mismo instituto.

En opinión de J.D. González Campos, “puede considerarse que el dato determinante para juzgar sobre el valor de uno u otro sistema no es tanto el principio que lo inspira, sino la concreta articulación entre dos exigencias fundamentales: la realización de los fines esenciales del concurso, que requiere una adecuada cooperación internacional entre los diferentes sistemas estatales y la necesaria protección de los intereses locales afectados por la crisis económica del deudor”.⁹⁶

5.3. TEORÍAS

⁹⁵ Boggiano, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, 5ª edición, Tomo I, pág. 90/3.

⁹⁶ González Campos, J. D., “Aspectos internacionales de la situación concursal”, en *Reforma del Derecho de Quiebra*, Editorial Civitas S.A., Fundación universal, Empresa, pág. 353.

5.3.1. TEORÍA DE LA UNIDAD-UNIVERSALIDAD O EXTRATERRITORIALIDAD DE LA QUIEBRA

“Como punto de partida, cabe refrescar la existencia de dos sistemas básicos de competencia judicial en el derecho procesal internacional en materia de quiebras. Por un lado, “la unidad, universalidad o extraterritorialidad de la quiebra o concurso” y por otro, “la pluralidad, el fraccionamiento o la territorialidad” del mismo instituto.

La elección de uno u otro sistema en lo que toca a la regulación de fondo admite, por cierto, soluciones intermedias o eclécticas y, no necesariamente, existe estricta correspondencia entre unidad o fraccionamiento en lo jurisdiccional y en el derecho aplicable.⁹⁷ Si bien existe contraposición entre estas dos tendencias, ninguna de ellas encuentra una expresión absoluta en el derecho positivo, de manera que, sea cual fuere el origen, se suele hacer importantes concesiones al principio contrario, por ende, “puede considerarse que el dato determinante para juzgar sobre el valor de uno u otro sistema no es tanto el principio que lo inspira, sino la concreta articulación entre dos exigencias fundamentales: la realización de los fines esenciales del concurso, que requiere una adecuada cooperación internacional entre los diferentes sistemas estatales y la necesaria protección de los intereses locales afectados por la crisis económica del deudor”.⁹⁸

El sistema de la unidad sostiene que los efectos de la quiebra declarada en un país tiene alcances extraterritoriales comprensivos de todos aquellos países donde existan bienes, deudas o créditos del deudor (a través del exequátur o del reconocimiento de documentos extranjeros).

Este sistema, en su forma pura, prevé un juicio único y universal por ante el tribunal competente (que será el del domicilio del deudor, el de la sede social o estatutaria, el del centro principal de sus negocios, etc.), regido por las leyes procesales y de fondo de ese tribunal ante el cual deben acudir todos los acreedores a hacer efectivos sus créditos, cualquiera que sea el lugar de cumplimiento o la situación de los bienes con que el individuo o la sociedad deben responder.

Siguiendo a Loussouarn se menciona brevemente los principales argumentos a favor de esta posición:

- a) Que la quiebra por la naturaleza de su materia ha de hallarse sometida al estatuto personal, pues lo que se tiene en mira es la persona del fallido, su estado y capacidad;

⁹⁷ Uzal, María Elsa, “Panorama de la regulación de la insolvencia en el derecho comparado y en el derecho internacional privado argentino”, en el Anuario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Anuario AADI XVI 2007, (págs. 19 a 77), pág. 22, dice en la nota: “Véase sobre la característica de uno y otro sistema: UZAL M.E. “El art. 4 de la ley 19551. Algunas reflexiones sobre su filiación sistemática”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones (REDCO)*, Editorial Depalma, N 106, 1985, pp.527/33.

⁹⁸ González Campos, J. D., “Aspectos internacionales de la situación concursal”, en *Reforma del Derecho de quiebra*, Editorial Civitas S.A, Fundación Universidad, Empresa, pág. 353.

- b) Que la unidad es la mejor forma de asegurar el principio de igualdad entre los acreedores, ya que sólo así puede hacerse efectiva la repartición igualitaria del activo, impidiendo maniobras fraudulentas,
- c) Que es el sistema que mejor se ajusta a la concepción de la unidad del patrimonio como atributo de la personalidad;
- d) Que es el régimen que mejor armoniza el instituto de la insolvencia transnacional con las exigencias del comercio internacional que requiere simplicidad, economía y rapidez. También se evitan los gastos producidos por los concurso múltiples y los eventuales conflictos de leyes;
- e) Que favorece la tarea de investigación del síndico en la determinación del pasivo, resultando harto frecuente que las informaciones necesaria se hallen en el domicilio del deudor,
- f) “Finalmente, se ha argumentado que permite asegurar con mayor facilidad el levantamiento de la quiebra, puesto que, en caso de pluralidad, el mismo deudor podría haber obtenido un concordato en un país, estar bajo un régimen de unidad dentro de otro y verse cercado por la insuficiencia de activo en un tercero (M. Trochu) dificultándose una resolución final y común”.⁹⁹

El art. 1 de la Ley 24.522 segunda parte establece que: “*Universalidad. el concurso produce sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, salvo las exclusiones legalmente establecidas respecto de bienes determinados*” adscribiéndose al sistema de la universalidad y unidad de la quiebra.

5.3.2. TEORIA DE LA PLURALIDAD O DE LA TERRITORIALIDAD DE LA QUIEBRA

Este sistema sostiene que la quiebra de un comerciante o una sociedad podrá ser declarada en todos los países donde el deudor posea un establecimiento, aún secundario, una sucursal o bienes de su patrimonio. Estas quiebras se someten a la ley local del juez interviniente (*lex fori*), cuya aplicación es puramente territorial y limitada en su efectos a la parte del patrimonio localizada en el país en que la quiebra es declarada.

5.4. TRATAMIENTO DE LA QUIEBRA TRANSNACIONAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA REPUBLICA ARGENTINA

- **Código de Comercio de 1859** de la Provincia de Buenos Aires, art. 1531.

⁹⁹ Uzal, María Elsa, *Panorama de la regulación de la insolvencia en el derecho comparado y en el derecho internacional privado argentino*, (Relato de la Sección Derecho Internacional Privado en el XIX Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho internacional y XV Congreso Argentino de Derecho Internacional (Mar del Plata, 27 a 29 de setiembre de 2007) en Anuario Argentino de Derecho Internacional , AADI XVI 2007, págs. 19 a 77, pág. 25.

- **Código de Comercio de 1889**, art. 1385.

- **Ley 4156** del 30/12/1902, art. 5

- **Ley 11719**, art. 7

- **Ley 19551**, art. 4

El texto del art. 4 de la ley 19551 encuentra antecedente en el mismo sentido en el art. 1379 del proyecto de Código de Comercio del Dr. Segovia y en el proyecto de la Ley de Quiebras del Dr. José Antonio Amuchástegui de 1924.

Ley 19551 modificada por Ley 22917, Art. 4

Ley 24.522

Art. 4

En este aspecto, nuestro país parece observar una tradición legislativa que encuadra la quiebra internacional en la órbita del sistema de pluralidad, como excepción al principio de la unidad seguido e incorporado como declaración expresa en el ámbito interno.

5.5. LEY 24.522 – DE CONCURSOS Y QUIEBRA

Art. 1. (...) Segundo párrafo: “**Universalidad.** *el concurso produce sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, salvo las exclusiones legalmente establecidas respecto de bienes determinados*”.

Art. 2. **Sujetos comprendidos.** (...) Inciso 2: “*Los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país*”.

Art. 3. **Juez competente.** (...) Inciso 5: “*Tratándose de deudores domiciliados en el exterior, el juez del lugar de la administración en el país, a falta de éste, entiende el del lugar del establecimiento, explotación o actividad principal según el caso*”.

ARTÍCULO 4

“**Concursos declarados en el extranjero.** *La declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor o del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República Argentina. Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el concurso en el extranjero, no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deban ser pagados en la República Argentina, para disputarles derechos que éstos pretenden sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado.*

Pluralidad de concursos. *Declarada también la quiebra en el país, los acreedores pertenecientes al concurso formado en el extranjero actuarán sobre el saldo, una vez satisfechos los demás créditos verificados en aquélla.*

Reciprocidad. *La verificación del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero, y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior, está condicionada a que se demuestre que, recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la república argentina puede verificarse y cobrar – en iguales condiciones en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero.*

Paridad en los dividendos. *Los cobros de créditos quirografarios con posterioridad a la apertura del concurso nacional, efectuados en el extranjero, serán imputados al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causa de créditos comunes. Quedan exceptuados de acreditar la reciprocidad los titulares de créditos con garantía real”.*

De la lectura del siguiente párrafo: **“La declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor o del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República Argentina”** resulta consagrado un indudable efecto extraterritorial de la declaración de concurso, en tanto se la reconoce como uno de los supuestos de hecho capaces de causar otra sentencia, nacional, en el mismo sentido.¹⁰⁰

No se exige que la cesación de pagos sea el presupuesto de la declaración de concurso sino que basta la declaración judicial firme del tribunal extranjero competente en ese sentido, aceptándose como suficientes los presupuestos por él admitidos, a ese fin, aunque no coincidan con los previstos por nuestra legislación.

Cabe señalar que la sentencia extranjera debe instrumentar un procedimiento colectivo, aunque él no sea conocido en nuestro derecho, pero debe subsumirse dentro de la calificación de concursal. “Este concepto normativo jusprivatista debe ser interpretado con un sentido amplio, capaz de comprender instituciones extranjeras semejantes y comparables por su finalidad (por ej. El “ajuste de cuentas” francés, el “procedimiento de “liquidación controlada” italiano, etc.)”.¹⁰¹

La facultad de invocar el efecto extraterritorial del concurso extranjero aparece en la legislación argentina restringida al “deudor” y “al acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República” o sea que el lugar de pago está ubicado en el país.

Se coincide con la propuesta de la Dra. Kaller de Orchansky en cuanto debería extenderse la legitimación personal para solicitar el concurso a todos los acreedores que pudieran demandar, válidamente, el cumplimiento de sus créditos en la República, abarcándose así los supuestos de créditos que, debiendo pagarse en el

¹⁰⁰ Uzal, María Elsa, *Panorama de la regulación de la insolvencia en el derecho comparado y en el derecho internacional privado argentino*, (Relato de la Sección Derecho Internacional Privado en el XIX Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho internacional y XV Congreso Argentino de Derecho Internacional (Mar del Plata, 27 a 29 de setiembre de 2007) en Anuario Argentino de Derecho Internacional, AADI XVI 2007, págs. 19 a 77, pág. 55.

¹⁰¹ Uzal, María Elsa, *Panorama de la regulación de la insolvencia en el derecho comparado y en el derecho internacional privado argentino*, (Relato de la Sección Derecho Internacional Privado en el XIX Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho internacional y XV Congreso Argentino de Derecho Internacional (Mar del Plata, 27 a 29 de setiembre de 2007) en Anuario Argentino de Derecho Internacional, AADI XVI 2007, págs. 19 a 77, pág. 56.

extranjero, pueden ser reclamados en la República conforme lo establecido por el art. 1216 del Código Civil.

La segunda parte del primer párrafo del art. 4 dice: ***“Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el concurso en el extranjero, no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deban ser pagados en la República Argentina, para disputarles derechos que éstos pretenden sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado”***. En este caso, el legislador se enrola en el sistema de la territorialidad y niega efectos al concurso foráneo frente a los acreedores locales, se abra o no otro concurso en el país.

En general, los autores repiten el ya mentado argumento pluralista de que el patrimonio del fallido en el país constituye la garantía exclusiva de los acreedores locales, pero si se demostrase que esos actos configuran maniobras fraudulentas contra las leyes extranjeras, se podría invocar el art. 1208 del código civil y pedir la anulación de los actos fraudulentos en los términos de los arts. 961, 962 y concordantes del código Civil.

El art. 4 en su segundo párrafo establece: ***“Pluralidad de concursos. Declarada también la quiebra en el país, los acreedores pertenecientes al concurso formado en el extranjero actuarán sobre el saldo, una vez satisfechos los demás créditos verificados en aquélla”***. Este párrafo sustenta un criterio opuesto a de la universalidad propia del derecho internacional privado, y consagra la defensa de los intereses radicados en el país. Se configura así un sistema de preferencias nacionales condicionado a la existencia de un previo concurso en el extranjero. Los acreedores del concurso formado en el extranjero serán tenidos en consideración cuando hayan sido satisfechos los créditos verificados en la quiebra local y sólo si existiese un saldo sobre el que pudiesen actuar.

Esta situación condice con el principio de la denominada “disponibilidad internacional de los remanentes” propio también del sistema extraterritorial.

Y parecería que los acreedores deberían acreditar haber verificado sus créditos en el concurso foráneo. La actuación del acreedor podría ser personal o a través del síndico o representante o funcionario de la quiebra.

En el tercer párrafo del art. 4 se prevé que: ***“Reciprocidad. La verificación del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero, y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior, está condicionada a que se demuestre que, recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la república argentina puede verificarse y cobrar – en iguales condiciones- en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero”***.

Contempla la pluralidad de concursos como criterio determinante de las preferencias nacionales, aleja la discusión relativa a la aplicación de dichas preferencias en caso de concurso único. Es más, existiendo un solo proceso en el país, desaparece la razón de ser prevista para la excepción contenida en el segundo párrafo, y parece retornar el principio de unidad de la quiebra, que abarcaría de esta manera la universalidad de las obligaciones del deudor.

En un principio reconocido en el Derecho Internacional Privado que los extranjeros deban gozar en sus relaciones jurídicas de las mismas prerrogativas que los nacionales: no obstante, no siempre se pone en práctica este principio, y en muchos casos, como el que analizamos, se admite dicha igualdad pero sujeta a condiciones, de reciprocidad, por ejemplo.

El principio de reciprocidad es una excepción al principio de universalidad.

La técnica utilizada crea una norma especial, material, sustancial, que prevé y admite, en principio, la verificación de los acreedores extranjeros del fallido cuando no medie pluralidad de concursos. Esto debe ser interpretado como un paso hacia el reconocimiento de la unidad del fenómeno falencial, en sí mismo, en tanto se reconoce como apta para hacer parte a acreedores foráneos del deudor en el concurso local (proceso nacional y con alcances territoriales en principio).

Vinculado a este concepto se encuentra en fine del párrafo cuarto que dice: “*Quedan exceptuados de acreditar la reciprocidad los titulares de créditos con garantía real*”.

En la cuarta parte del art. 4 bajo el acápite ***Paridad en los dividendos***, se lee: “*Los cobros de créditos quirografarios con posterioridad a la apertura del concurso nacional, efectuados en el extranjero, serán imputados al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causa de créditos comunes. Quedan exceptuados de acreditar la reciprocidad los titulares de créditos con garantía real*”.

Los ámbitos de aplicación material y temporal. Los créditos “quirografarios” en el extranjero, con una determinación temporal: que se hayan efectuado con posterioridad a la apertura del concurso nacional. No se haya establecido a que forma de cobro se refiere la norma, y debe interpretarse, pues, con un criterio amplio, que ha de quedar comprendida aquí cualquier vía legítima del deudor, la ejecución judicial individual o la ejecución judicial colectiva por medio de otro concurso en el extranjero. Con respecto a esta última hipótesis se podría dar el caso de acreedores verificado en el concurso abierto en el extranjero, recibiendo un pago de una parte de su crédito. Es de señalar que en la situación prevista en este apartado tanto puede encontrarse un acreedor “local” como uno “extranjero”, y ambos por igual les deberá ser imputado ese cobro al dividendo que deban percibir en el país.

La norma determina, además, con toda precisión, que están alcanzados por ella sólo los acreedores quirografarios, no se entiende el por qué de la exclusión de los acreedores con privilegio en el extranjero, “ya sea que a éste le tocara percibir su crédito íntegramente antes que al resto de los acreedores o que deba concurrir con un dividendo proporcional (arts. 267, 274 y concordantes de la Ley de concursos), pues, en ambos casos, se produce un perjuicio a los restantes acreedores. Se interpreta que se debe modificar la norma en este aspecto, suprimiendo toda referencia a la calidad del crédito, dado que carece de sentido de discriminación que se efectúa”.¹⁰²

¹⁰² Uzal, María Elsa, *Panorama de la regulación de la insolvencia en el derecho comparado y en el derecho internacional privado argentino*, (Relato de la Sección Derecho Internacional Privado en el XIX Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho internacional y XV Congreso Argentino de Derecho Internacional (Mar del Plata, 27 a 29 de setiembre de 2007) en Anuario Argentino de Derecho Internacional , AADI XVI 2007, págs. 19 a 77, pág. 70.

Si se tiene en cuenta que esta disposición conduce a entender que los pagos que hayan sido percibidos en el exterior antes de la declaración de concurso local que trae aparejado el desapoderamiento del deudor, han de considerarse ajenos a este procedimiento y son eficaces, como tales. Estos pagos deberán ser deducidos por el acreedor del total de su crédito al insinuarlo posteriormente ante la sindicatura o bien informados por el funcionario del concurso.

Ahora, en el caso, de un pago recibido en el extranjero dentro del período de sospecha para perpetrar un fraude a los acreedores locales. Para restituir el equilibrio debería realizarse la retención del dividendo a percibir en el proceso local, en proporción a lo cobrado en fraude a los acreedores.

En opinión de Ciuro Caldani debería recurrirse a las herramientas de que dispone el derecho procesal internacional. Esto es, al reconocimiento y ejecución de sentencias y al auxilio procesal internacional, sin olvidar la necesidad de atender a la existencia de casos de litispendencia y de dar su debido lugar al principio de cosa juzgada y sin perjuicio de explorar el desarrollo de otras modalidades singulares de aproximación al objetivo de una coordinación efectiva, que permitan una respuesta integrada, como solución plausible al problema de la insolvencia internacional.¹⁰³

5.6. TRATADOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE DERECHO COMERCIAL DE MONTEVIDEO

Los únicos tratados internacionales que vinculan a la Argentina con naciones extranjeras en materia concursal son el Tratado de Montevideo de 1889, suscripto por Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay, ratificados por sus gobiernos con excepción de Brasil y Chile, posteriormente hubo adhesión de Colombia y el Tratado de Montevideo de 1940 que fue suscripto por Argentina, Uruguay, Paraguay, Brasil, Colombia, Bolivia y Perú, aunque sólo fue ratificado por los tres primeros.

El tratado de 1889 modificó el sistema del Código de Comercio para los países signatarios abandonándose el sistema de la pluralidad, incorporando cláusulas del sistema de unidad y otras de territorialidad.

Impone el conocimiento en las quiebras a los jueces del domicilio comercial del fallido. En caso de que existan establecimientos independientes en distintos territorios se aplica la pluralidad. El sobrante pertenece al fallido en caso de una sola quiebra y a los acreedores de otro estado en caso de pluralidad.

El tratado de 1940, como el anterior contiene disposiciones que siguen la unidad y otras la pluralidad, con alguna prevalencia del primer sistema estableciendo ciertos efectos extraterritoriales de la quiebra como la posibilidad de trabar medidas cautelares en otros países. La competencia se le asigna al juez de domicilio del deudor y tanto en el caso de la pluralidad de concursos como en el de quiebra única se aplica la regla de las preferencias locales.

¹⁰³ Ciuro Caldani, M.A., *Estudios de filosofía del Derecho Internacional Privado*. Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 1997, pág. 26 y sig.

TRATADO DE MONTEVIDEO DE 1889

El ARTÍCULO 40 dice: “*Son jueces competentes para declarar la quiebra, los del domicilio del comerciante o de la sociedad mercantil, aún cuando practiquen accidentalmente actos de comercio en otro u otro u otros Estados, o tengan en alguno o algunos de ellos, agencias o sucursales que obren por cuenta y responsabilidad del establecimiento principal*”.

El ARTÍCULO 41 establece: “*Si el fallido tiene dos o más casos comerciales independientes en distintos territorios, serán competentes para conocer del juicio de quiebra de cada una de ellas, los jueces o tribunales de sus respectivos domicilios*”.

TRATADO DE MONTEVIDEO DE 1940

El Tratado de Montevideo de 1940 reproduce textualmente los artículos del Tratado de 1889, así dice: “*Son jueces competentes para declarar la quiebra, los del domicilio del comerciante o de la sociedad mercantil, aun cuando practiquen accidentalmente actos de comercio en otro u otros Estados, o tengan en alguno o algunos de ellos, agencias o sucursales que obren por cuenta y responsabilidad del establecimiento principal*”, (art. 40).

“*Si el fallido tiene dos o más casas comerciales independientes en distintos territorios, serán competentes para conocer del juicio de quiebra de cada una de ellas, los jueces o tribunales de sus respectivos domicilios*”, (art. 41).

5.7. PRINCIPIOS DEL BANCO MUNDIAL REFERIDOS A SISTEMAS DE INSOLVENCIA

Acuerdos colectivos informales (*workouts*).

Los acuerdos empresariales colectivos deben ser favorecidos por un entorno que aliente a los participantes a restablecer la viabilidad financiera de la empresa.

Los acuerdos informales se negocian “a la sombra de la ley”. Consecuentemente, el entorno propicio debe incluir leyes y procedimientos claros que exijan la exposición o el acceso a información financiera oportuna y precisa acerca de la empresa en dificultades; promuevan el préstamo, la inversión o la recapitalización de las empresas viables en dificultades; permitan una amplia gama de formas de reestructuración, tales como quitas, esperas, reestructuraciones y capitalización de la deuda; y proporcionen un tratamiento impositivo favorable o neutral para las reestructuraciones.

El sector financiero de un país (probablemente con la ayuda del banco central o del ministerio de economía) debe promover el acuerdo informal extrajudicial para enfrentar los casos de dificultad financiera empresarial en la que los bancos y otras instituciones financieras desempeñen un rol significativo – máxime en aquellos mercados en los que la insolvencia empresarial tiene características sistémicas.

Un procedimiento informal cuenta con mayores probabilidades de respaldo cuando hay remedios crediticios y legislación concursal adecuada.

Sistemas de leyes de insolvencia

Insolvencia comercial. A pesar de que los enfoques varían, los sistemas de insolvencia efectivos tienen una cantidad de propósitos y objetivos. Esos sistemas deben aspirar a: (i) integrarse con los más amplios sistemas legales y comerciales del país; (ii) maximizar el valor del activo de la empresa y del recupero de los acreedores; (iii) proveer tanto a la liquidación eficiente de las empresas inviables y la de aquellas cuya liquidación probablemente produzca un mayor retorno a los acreedores, como a la reorganización de las empresas viables; (iv) establecer un delicado equilibrio entre liquidación y reorganización, permitiendo la conversión sencilla de un proceso a otro; (v) proveer al trato igualitario de los acreedores situados de manera similar, incluyendo a los acreedores locales y extranjeros en tal situación; (vi) proveer a la resolución oportuna, eficiente e imparcial de las insolvencias; (vii) evitar el uso indebido del sistema de insolvencia; (viii) evitar el desmembramiento prematuro del activo del deudor por parte de los acreedores individuales que persiguen sentencias rápidas; (ix) proveer un procedimiento transparente que contenga, y aplique coherentemente, reglas claras de asignación de riesgos e incentivos para reunir y proporcionar información; (x) reconocer los derechos existentes de los acreedores y respetar la prioridad de los créditos mediante un proceso predecible y establecido; y (xi) establecer un marco para las insolvencias transfronterizas, con reconocimiento de procedimientos extranjeros.

Cuando una empresa no es viable, el impulso central de la ley debe ser la liquidación rápida y eficiente, para maximizar el recupero en beneficio de los acreedores. Las liquidaciones pueden incluir la preservación y venta de la empresa, diferenciada de la persona jurídica. Por otro lado, cuando la empresa es viable, entendiéndose que puede ser reorganizada, sus activos tienen frecuentemente más valor si se los conserva en la empresa reorganizada que si se los vende en liquidación. El salvamento de una empresa preserva los puestos de trabajo, proporciona a los acreedores un recupero más importante basado en el mayor valor de la empresa en marcha, produce potencialmente un beneficio para sus propietarios, y logra para el país los frutos de una empresa reorganizada. El salvamento de una empresa debe promoverse a través de procedimientos formales e informales. La reorganización debe posibilitar un acceso rápido y fácil al proceso, proteger a todos los sujetos involucrados, permitir la negociación de un plan, habilitar a que la mayoría de los acreedores, que estén a favor de un plan u otro curso de acción, obligue a todos los demás acreedores (con sujeción a apropiadas protecciones), y prever mecanismos de supervisión para asegurar que el proceso no sea objeto de abusos. Típicamente, los procedimientos modernos de salvamento se ocupan de una gran cantidad de expectativas comerciales en los mercados dinámicos.

Aunque las leyes de insolvencia no son susceptibles de fórmulas fijas, los sistemas modernos se basan por lo general en características diseñadas para alcanzar los objetivos señalados anteriormente.

CAPITULO 6

6.1. ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA

“Los conceptos de “armonización” y “unificación” del derecho se vinculan al proceso por el cual se van creando y aprobando normas jurídicas que facilitan las relaciones económicas y comerciales entre los Estados.

La “armonización legislativa” es la coincidencia entre distintos Estados soberanos en la elección de las reglas de conflicto para solucionar los casos de Derecho Internacional Privado, manteniendo diversidad legislativa en su derecho sustancial.

“Uniformidad legislativa” consiste en la coincidencia entre las distintas legislaciones soberanas de las reglas materiales para solucionar los casos de Derecho Internacional Privado.

Se entiende conceptualmente por “armonización” el proceso por el cual pueden modificarse las leyes nacionales para aumentar la previsibilidad de las operaciones comerciales transfronterizas. La “unificación” puede considerarse como la aprobación por los Estados de normas jurídicas comunes aplicables a determinados aspectos de las operaciones comerciales internacionales.

Una ley modelo o una guía legislativa ejemplifican el tipo de texto cuya finalidad es armonizar el derecho interno, mientras que una convención es un instrumento internacional aprobado por los Estados para unificar el derecho a nivel internacional.

6.2 LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI - UNCITRAL)

La Comisión de las Naciones Unidas para el Comercio Internacional es un organismo intergubernamental (cuya sigla en castellano es CNUDMI, en inglés UNCITRAL), establecida en 1966. Es un órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas con el mandato general de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional.

Desde su creación, ha preparado una amplia gama de convenciones, leyes modelos y otros instrumentos relativos al derecho sustantivo aplicable a las operaciones comerciales o a otros aspectos del derecho mercantil que repercuten en el comercio internacional. Se reúne una vez al año, normalmente en verano, alternativamente en Nueva York y en Viena.

6.2.1. DATOS BÁSICOS Y FUNCIONES DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL¹⁰⁴

¹⁰⁴ Publicación de las Naciones Unidas, Viena 2007. ISBN 978-92-1-333388-4

En un mundo económicamente cada vez más interdependiente, existe un amplio consenso sobre la importancia de mejorar el marco jurídico para facilitar el comercio y la inversión internacionales. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, cumple una función importante en el desarrollo de dicho marco en cumplimiento de su mandato de promover la armonización y modernización progresivas del derecho del comercio internacional mediante la preparación y el fomento de la utilización y adopción de instrumentos legislativos y no legislativos en diversos temas clave del derecho mercantil.

Tales temas comprenden, en concreto: la resolución de controversias, las prácticas contractuales internacionales, el transporte, el régimen de la insolvencia, el comercio electrónico, los pagos internacionales, las operaciones garantizadas, la contratación pública y la compraventa de mercancías.

Estos instrumentos se negocian a través de un proceso internacional en el que intervienen diversos participantes, entre ellos los Estados miembros de la CNUDMI, que representan diferentes tradiciones jurídicas y diversos niveles de desarrollo económico; los Estados no miembros; las organizaciones intergubernamentales; y las organizaciones no gubernamentales. Por lo tanto, esos textos gozan de una gran aceptación, dado que ofrecen soluciones adecuadas a Estados con distintos ordenamientos jurídicos y a países que se encuentran en diferentes etapas de desarrollo económico. Desde su constitución, la CNUDMI ha llegado a ser reconocida como el órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional.

La CNUDMI da cumplimiento a su mandato mediante:

a) La coordinación de la labor de las organizaciones que realizan actividades en este campo y el estímulo de la colaboración entre ellas;

b) El fomento de una participación más amplia en los convenios y las convenciones internacionales existentes y de una mayor aceptación de las leyes modelo y las leyes uniformes ya establecidas;

c) La preparación o el fomento de la aprobación de nuevos convenios y convenciones internacionales, leyes modelo y leyes uniformes, así como el fomento de la codificación y de una aceptación más amplia de las condiciones, disposiciones, costumbres y prácticas comerciales internacionales, colaborando, en su caso, con las organizaciones que actúen en esta esfera;

d) El fomento de métodos y procedimientos para asegurar la interpretación y aplicación uniformes de los convenios y las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional;

e) La reunión y difusión de información sobre las legislaciones nacionales y sobre la evolución jurídica moderna, incluida la jurisprudencia, en el ámbito del derecho mercantil internacional;

f) El establecimiento y mantenimiento de una estrecha colaboración con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo;

g) *El mantenimiento de un enlace con otros órganos de las Naciones Unidas y con los organismos especializados que se ocupan del comercio internacional;*
y

h) *La adopción de cualquier otra medida que pudiera considerar útil para desempeñar sus funciones”.*

Los Miembros se seleccionan de entre los Estados Miembros de las Naciones Unidas. El número de miembros inicial de la CNUDMI ascendía a 29 Estados y en 1973 la Asamblea General de las Naciones Unidas lo amplió a 36 y en 2002 a 60.

Dicha ampliación reflejó una mayor participación y contribución de los Estados en comparación con la situación previa a la ampliación; además, fomentó un marcado interés en la expansión del programa de trabajo de la CNUDMI.

La labor de la CNUDMI se organiza y se desarrolla a tres niveles. El primer nivel corresponde a la CNUDMI en sí, a menudo denominada la Comisión, que celebra un período anual de sesiones plenarias. El segundo nivel corresponde a los grupos intergubernamentales de trabajo que, en gran medida, desarrollan los temas relativos al programa de trabajo de la CNUDMI, mientras que el tercer nivel está constituido por la secretaría, que presta asistencia a la Comisión y a sus grupos de trabajo en la preparación y realización de sus respectivas labores.

Con el fin de asistir a la CNUDMI en su labor, la secretaría lleva a cabo diversas tareas, que comprenden la preparación de estudios, informes y proyectos de textos sobre cuestiones cuya inclusión en el programa de trabajo se está analizando; la investigación jurídica; la redacción y revisión de documentos de trabajo y textos legislativos sobre cuestiones que ya figuran en el programa de trabajo; la presentación de informes sobre los períodos de sesiones de la Comisión y de los grupos de trabajo; y la prestación, tanto a la CNUDMI como a sus grupos de trabajo, de diversos servicios administrativos. A los fines de obtener asistencia en la preparación de su labor, la secretaría solicita a menudo la asistencia de expertos que no pertenecen a la Organización, provenientes de diversos ordenamientos jurídicos, para la realización de consultas especiales con individuos o para la convocatoria de grupos de expertos en una determinada esfera del derecho, según sea necesario. Tales grupos comprenden: académicos, abogados en ejercicio, jueces, banqueros, árbitros y miembros de varias organizaciones internacionales, regionales y profesionales.

En su primer período de sesiones celebrado en 1968, tras analizar diversas sugerencias realizadas por los Estados miembros, la Comisión adoptó nueve materias como base de su programa de trabajo, a saber: la compraventa internacional de mercaderías; el arbitraje comercial internacional; los transportes; los seguros; los pagos internacionales; la propiedad intelectual; la eliminación de la discriminación en las leyes que afectan al comercio internacional; el mandato o la representación; y la legalización de documentos. La Comisión no ha dado curso a algunas de estas materias, como, por ejemplo, las cuestiones relativas a la propiedad intelectual, los seguros, la eliminación de la discriminación en las leyes que afectan el comercio internacional, el mandato o la representación y la legalización de documentos.

Inicialmente se asignó prioridad a los temas de la compraventa internacional de mercaderías, al arbitraje comercial internacional y a los pagos internacionales; posteriormente se incorporaron al programa de trabajo otros temas como, por ejemplo, los contratos de financiación del comercio, los transportes, el comercio electrónico, la contratación pública y la insolvencia.

Al analizar si habría que agregar determinados temas al programa, se toman en consideración factores tales como la importancia global, el interés particular de los países en desarrollo, los avances en el campo tecnológico, así como los cambios de tendencias de las prácticas mercantiles.

Inicialmente la Comisión estimó que, respecto de algunos de los temas que en la actualidad figuraban en su programa, no era probable que se llegara a concertar un texto jurídico armonizado. La evolución en la esfera del derecho mercantil internacional y sus prácticas, así como la finalización con éxito por parte de la CNUDMI de su labor sobre temas conexos, han suscitado, desde entonces, un vivo interés por la reconsideración de esos temas y ello ha posibilitado la elaboración de textos jurídicos (como, por ejemplo, la armonización de los regímenes nacionales de la insolvencia y de las operaciones de crédito garantizadas). Respecto de otros temas se ha dejado margen de acción para que las organizaciones internacionales especializadas tomasen la iniciativa, como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en el tema de su competencia.

6.2.2 DIVERSOS TEXTOS LEGISLATIVOS DE CNUDMI

La CNUDMI ha elaborado diversos tipos de textos legislativos, a saber: convenciones o convenios, leyes modelo, guías legislativas; y disposiciones modelo.

6.2.2.1. CONVENCIONES Y CONVENIOS

Una convención o un convenio se concibe para unificar el derecho al establecer obligaciones jurídicas vinculantes. Para ser parte en una convención, se solicita formalmente a los Estados que presenten un instrumento de ratificación o adhesión vinculante ante el depositario (respecto de las convenciones o convenios preparados por la CNUDMI, ante el Secretario General de las Naciones Unidas). La entrada en vigor de una convención depende habitualmente de que se deposite una cantidad mínima de instrumentos de ratificación.

A menudo una convención se utiliza cuando el objetivo es lograr un alto grado de armonización del derecho de los Estados participantes, reduciendo así la necesidad de que un Estado Parte deba realizar investigaciones sobre el derecho de otro Estado Parte. La obligación internacional asumida por ese Estado al adoptar la convención tiene como fin garantizar que la ley de dicho Estado Parte se ajuste a las disposiciones establecidas en la convención de que se trate. Si no se puede lograr un alto grado de armonización o si se desea alcanzar un mayor grado de flexibilidad que sea adecuado para la cuestión examinada, cabría entonces utilizar una técnica de armonización diferente, como, por ejemplo, una ley modelo o una guía legislativa.

Salvo en la medida que permiten la formulación de reservas o declaraciones, las convenciones confieren poca flexibilidad a los Estados que las adoptan. Las convenciones negociadas en el ámbito de la CNUDMI generalmente no permiten formular reservas ni declaraciones o las permiten de manera muy restringida. En algunos casos, la facultad para formular una reserva o declaración representa un compromiso que posibilitará a algunos Estados ser parte en la convención sin obligarse a observar la disposición a la que se refiere la reserva o declaración.

La CNUDMI ha preparado los siguientes convenios y convenciones: la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (1974); el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (1978); la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980); la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (1988); el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional (1991); la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (1995); la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (2001); y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005).

6.2.2.2. LEYES MODELO

Una ley modelo es un texto legislativo que se recomienda a los Estados que lo adopten y lo incorporen a su derecho interno.

Una ley modelo es un medio adecuado para la modernización y armonización de las leyes nacionales si se prevé que los Estados desearán o necesitarán introducir modificaciones en el texto del modelo para ajustarlo a las necesidades de cada país, que varían en función de cada ordenamiento jurídico, o cuando no sea necesaria o conveniente una estricta uniformidad. Es precisamente esa flexibilidad lo que contribuye a que la ley modelo sea potencialmente más fácil de negociar que un texto en el que figuren obligaciones que no pueden modificarse, y lo que fomenta una mayor aceptación de una ley modelo que de una convención que regule la misma temática. No obstante esa flexibilidad, a los efectos de aumentar las posibilidades de alcanzar un grado satisfactorio de unificación y brindar certeza respecto del grado de unificación, se alienta a los Estados a que realicen la menor cantidad de modificaciones posible al incorporar una ley modelo a su ordenamiento jurídico interno.

La CNUDMI concluye y adopta las leyes modelo generalmente en sus períodos de sesiones anuales, contrariamente a lo que sucede con la adopción de una convención, para lo cual es necesario la convocatoria a una conferencia diplomática.

Este factor tal vez contribuya a que la preparación de una ley modelo resulte menos costosa que una convención, salvo que la Asamblea General adopte la convención asumiendo las funciones de una conferencia diplomática, tal como ha ocurrido en la mayoría de las últimas convenciones preparadas por la CNUDMI.

Las últimas leyes modelo que ha elaborado la CNUDMI se han complementado con sendas guías para su incorporación al derecho interno, en las que figura información de antecedentes y demás explicaciones para orientar a los gobiernos y legisladores en la utilización del texto. En estas guías figura, por ejemplo, información de ayuda para los Estados al determinar qué disposiciones de la ley modelo podría haber que modificar eventualmente para tomar en consideración las circunstancias nacionales específicas, la información sobre las deliberaciones del Grupo de Trabajo acerca de las posibles opciones y otras consideraciones, así como cuestiones no abordadas en el texto de la ley modelo que, sin embargo, tal vez sean pertinentes en relación con la temática de la ley modelo.

En la categoría de leyes modelo preparadas por la CNUDMI, la comparación de dos textos, el de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) y el de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (1996), ilustran la manera en la que el formato de una ley modelo puede adaptarse al tema tratado, así como al grado de flexibilidad que deseen los redactores. Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, que puede describirse como un instrumento de índole procesal, proporciona un conjunto separado de artículos interdependientes. Se recomienda que, al adoptar esta Ley Modelo, se realicen muy pocas enmiendas o modificaciones. Por regla general, los Estados que han adoptado legislación de promulgación han realizado un número relativamente reducido de modificaciones, lo cual da entender que los procedimientos que la ley modelo establece son ampliamente aceptados y que se interpreta que constituye una base coherente para el arbitraje comercial internacional.

Por otra parte, la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico es un texto más conceptual.

La legislación que se ha basado en esa Ley Modelo refleja claramente los principios establecidos en dicho texto, si bien se aparta de él algunas cuestiones, no sólo de redacción sino también en la combinación de las disposiciones adoptadas.

La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) fue la primera ley modelo que adoptó la CNUDMI, a la que siguieron la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito (1992); la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, con la Guía para su incorporación al derecho interno (1994); la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, con la Guía para su incorporación al derecho interno (1996); la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, con la Guía para su incorporación al derecho interno (1997); la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas, con la Guía para su incorporación al derecho interno (2001); y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, con la Guía para su incorporación al derecho interno (2002).

6.2.2.3. GUÍAS LEGISLATIVAS Y RECOMENDACIONES

Por varias razones, no siempre es posible redactar disposiciones específicas de una manera adecuada o separada, como, por ejemplo, una convención o ley modelo, para su incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales. Los ordenamientos jurídicos nacionales a menudo utilizan técnicas y criterios legislativos muy

disparos para resolver una determinada cuestion; los Estados tal vez aun no esten preparados para llegar a un acuerdo sobre un criterio unico o una regla comun; tal vez no exista consenso sobre la necesidad de encontrar una solucion uniforme para un determinado problema; o quizas existan diferentes niveles de consenso sobre cuestiones clave respecto de un tema particular y sobre la manera en que deberian abordarse.

En tales casos, tal vez sea adecuado no tratar de elaborar un texto uniforme, sino limitarse a establecer principios o recomendaciones legislativas.

A fin de fomentar el objetivo de la armonizacion y de ofrecer un modelo legislativo, los principios y recomendaciones deberian ser mas que una simple declaracion de objetivos generales. Dicho texto proporcionaria un conjunto de posibles soluciones legislativas para determinadas cuestiones, pero no necesariamente un conjunto unico de soluciones modelo para tales cuestiones. En algunos casos, quizas sea adecuado prever variantes, en funcion de consideraciones pertinentes. Al analizarse las ventajas e inconvenientes de las diferentes decisiones, el texto ayudaria al lector a evaluar los diferentes criterios y a elegir el mas adecuado para un determinado contexto nacional. Tambien podria utilizarse el texto para brindar un referente normativo sobre cuya base tanto los gobiernos como los organos legislativos pudieran examinar la idoneidad de las leyes, reglamentos, decretos y textos legislativos similares vigentes en un determinado ambito y asi actualizar dicha legislacion o renovarla.

La primera recomendacion legislativa de la CNUDMI se adopto en 1985, a los efectos de estimular la revision de disposiciones legislativas sobre el valor juridico de la documentacion informatica. En 2000, la CNUDMI adopto la Guia Legislativa sobre Proyectos de Infraestructura con Financiacion Privada y, en 2004, adopto la Guia Legislativa sobre el Regimen de la Insolvencia. Actualmente se esta preparando una guia legislativa sobre las operaciones garantizadas.

6.2.2.4. DISPOSICIONES MODELO

Si varias convenciones regulan una determinada cuestion de un modo que quizas exija su unificacion y actualizacion, cabe formular disposiciones modelo y recomendarlas para su utilizacion en futuras convenciones y en la revision de las ya existentes.

En 1982, por ejemplo, la CNUDMI formulo una disposicion modelo por la que establecio una unidad de cuenta universal de valor constante, que podia utilizarse, especialmente en el ambito de los convenios sobre los transportes internacionales y a responsabilidad, para expresar montos en terminos monetarios.

Conjuntamente con esa disposicion modelo, la CNUDMI adopto dos disposiciones modelo para el ajuste de un monto establecido en una convencion internacional, a saber: una clausula modelo que establece un indice de precios y un procedimiento modelo de modificacion del limite de la responsabilidad. Las disposiciones modelo tambien pueden contribuir a complementar una determinada disposicion de una convencion

En la Convencion de las Naciones Unidas sobre la Cesion de Creditos en el Comercio Internacional (2001) figura un anexo (con disposiciones legales sustanti-

vas optativas) que complementan las normas sobre conflictos de leyes de la Convención que abordan las cuestiones de prelación. En 2003, la CNUDMI adoptó las Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada, que complementan la guía legislativa sobre el mismo tema.

6.2.3. TEXTOS EXPLICATIVOS

6.2.3.1. GUÍAS JURÍDICAS

Cuando no sea factible o necesario elaborar un conjunto de reglas contractuales modelo, puede recurrirse a una guía jurídica que ofrezca explicaciones respecto de la redacción de contratos. Las partes que negocian contratos internacionales complejos, como por ejemplo, los contratos de construcción, a menudo experimentan dificultades en la negociación y redacción de cláusulas contractuales adecuadas por motivos como la falta de conocimientos técnicos específicos, de recursos o de documentos de referencia. Dado que tales contratos deben adecuarse a las circunstancias de cada caso concreto, generalmente no resulta posible elaborar un contrato modelo que pueda utilizarse en un número suficiente de casos que justifiquen los gastos de su preparación. En cambio, las partes pueden remitirse a una guía jurídica en la que se analicen varios de los problemas que plantea la redacción de un determinado tipo de contrato; se estudien diversas soluciones para dichos problemas; se describan las repercusiones, ventajas e inconvenientes de tales soluciones; y se recomiende la aplicación de determinadas soluciones en determinadas circunstancias. En tales guías jurídicas también pueden figurar cláusulas contractuales modelo para ilustrar las soluciones propuestas. La primer guía jurídica fue la *Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales* (1987). Le siguieron la *Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Operaciones de Comercio Compensatorio Internacional* (1992) y, en 1996, las Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral.

El objeto de una guía jurídica puede no centrarse exclusivamente en la redacción del contrato, sino que podría tener un alcance más general consistente en analizar aquellas cuestiones que podrían suscitar no solo el interés de los legisladores sino también el de toda autoridad normativa. Un ejemplo de ello es la *Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Transferencias Electrónicas de Fondos* (1986), en la que se analizan cuestiones relacionadas con el empleo de medios electrónicos para realizar pagos internacionales.

6.2.3.2. DECLARACIONES INTERPRETATIVAS

Las declaraciones constituyen un ejemplo más de un texto explicativo, que puede utilizarse para lograr una interpretación uniforme de uno o varios textos, si la conveniencia de esa interpretación responde a cambios muy extendidos en las prácticas comerciales, a la evolución tecnológica, a crecientes divergencias en la interpretación judicial, o a otros factores que afecten la aplicación del texto. Tal instrumento puede resultar de particular utilidad en el caso de una convención, la modificación de su texto quizá suscite problemas técnicos de importancia. La posibilidad

de utilizar esta técnica se analizó al estudiar el requisito de la forma escrita, enunciado en el párrafo 2 del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) y, de forma más general, en el marco de la interpretación del párrafo 1 del artículo VII de dicha Convención. También se analizó en el contexto del comercio electrónico y de la conveniencia de interpretar varios instrumentos de derecho mercantil internacional mediante remisión a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Esa cuestión de interpretación ha sido actualmente resuelta mediante la utilización de un instrumento diferente: el artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005).

La CNUDMI lleva a cabo una serie de actividades de asistencia técnica para fomentar su labor, así como la utilización y adopción de los textos legislativos y no legislativos que ha elaborado, con miras a impulsar la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional.

2.6.4. TEXTOS DE LA CNUDMI

- Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, 1974 (Nueva York);
- Protocolo de 11 de abril 1980 por el que se enmienda la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías;
- Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976);
- Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Hamburgo);
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, 1980 (Viena);
- Reglamento de Conciliación de la CNUDMI;
- Recomendaciones para ayudar a las instituciones arbitrales y otros órganos interesados e relación con los arbitrajes sometidos al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI;
- Disposiciones relativas a la unidad de cuenta y al ajuste de los límites de responsabilidad aprobadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional;
- Normas Uniformes sobre Cláusulas Contractuales por las que se establece una suma convenida en razón de la falta de cumplimiento;
- Recomendaciones a los gobiernos y a las organizaciones internacionales relativas al valor jurídico de los registros computadorizados;
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985);
- Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Transferencias Electrónicas de Fondos;
- Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales;

- Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (1988);
- Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional (1991);
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito (1992);
- Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Operaciones de Comercio Compensatorio Internacional (1992);
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, con la Guía para su incorporación eventual al derecho interno (1994);
- Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, (1995),
- Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, con la Guía para su incorporación al derecho interno (1996);
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza con la Guía para su incorporación al derecho interno (1997);
- Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada (2000);
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas, con la Guía para su incorporación al derecho interno (2001);
- Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (2001);
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Conciliación Comercial Internacional, con la Guía para su incorporación al derecho interno y utilización (2002);
- Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada (2003);
- Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (2004);
- Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005).

6.3. EL INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (UNIDROIT)

Las tentativas de unificación internacional del derecho han asumido la forma de instrumentos vinculantes, tales como convenciones internacionales, actos legislativos supranacionales o leyes modelo.

Sin embargo, muchos proponen medios no legislativos de unificación y armonización del derecho.

Al mirar el plexo de operaciones mercantiles de carácter internacional que se ejecutan en el mundo, se notará que una mayoría no cuenta con textos jurídicos armonizados. Es decir que dependen de los ordenamientos internos de los distintos

países y ello suele presentarse como obstáculos a las transacciones, reduciendo la seguridad jurídica o extendiéndolas en el tiempo.

Seguridad y celeridad son dos principios básicos del Derecho Mercantil y que todo empresario quiere en sus contrataciones.¹⁰⁵

La iniciativa de UNIDROIT se dirigió a la elaboración de los “Principios sobre los contratos de comercio internacional”, realizado en 1994 y revisados en el 2004.

En la elaboración de esos “*principios*” participaron juristas en representación de los sistemas de tradición jurídico romanística, de *common law* y de los países socialistas, con el objetivo de establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo independientemente de las específicas tradiciones jurídicas y condiciones económicas y políticas de los países en que vengan aplicados. Además son los suficientemente flexibles para adaptarse a los continuos cambios provocados por el desarrollo tecnológico y económico en la práctica comercial internacional y tratan de asegurar la equidad en las relaciones comerciales internacionales estableciendo el deber de las partes de actuar según la buena fe e imponiendo, en ciertos casos específicos, criterios de comportamiento razonable.¹⁰⁶

Las bases de estos Principios, que empapan todos sus conceptos, son la autonomía de la voluntad, la libertad contractual, la libertad de formas, el reconocimiento de las prácticas establecidas entre las partes, los usos comerciales, la buena fe y la lealtad entre las partes, y la conservación del contrato, sin que esta enunciación sea taxativa. Y sobre todos ellos el PACTA SUNT SERVANDA.

El Preámbulo expresa son siguientes propósitos:

1. Los Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.
2. Son de aplicación cuando las partes así lo determinen, y acuerden someter el contrato a sus disposiciones.
3. Pueden aplicarse cuando los contratantes sin determinar específicamente la ley que los regirá, se pronuncien diciendo que el marco legal está compuesto por los principios generales del derecho la *lex mercatoria*, u otra indicación de este tipo.
4. Pueden proporcionar, tanto a intérpretes, jueces, árbitros y a las propias partes, la solución a un punto controvertido, cuando no logren encontrar la regla aplicable en ese punto.
5. Pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme.
6. También pueden servir de modelo para legislar nacional o internacionalmente.

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) expresa que más allá del desmedro que sufre la soberanía de los Estados

¹⁰⁵ Franconi, Carlos Augusto, “Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales”, Revista LL Actualidad, martes 6 de octubre de 1998.

¹⁰⁶ Introducción del Consejo de Dirección de UNIDROIT a los Principios sobre los contratos comerciales internacionales, Roma, 1994..

en virtud de la elusión de sus normas a través de la operación de sociedades offshore, a nivel intergubernamental se trabaja con el propósito de consensuar instrumentos jurídicos internacionales que permitan desarrollar emprendimientos de gran envergadura económica con inversión proveniente de capitales privados. Esta tarea se realiza teniendo en cuenta que los Estados no pierdan la posibilidad de monitorear aspectos regulados por el derecho local y de efectuar las reservas que entiendan convenientes a los efectos de preservar su supremacía en la medida en que lo juzguen necesario, frente a esta clase de normas de carácter internacional.

En este sentido, la UNIDROIT viene trabajando en la *Convención relativa a Garantías Internacionales sobre Bienes de Equipo Móvil* -que se firmó en Ciudad del Cabo el día 16 de noviembre de 2001- y sus Protocolos Complementarios.

La expresión “elementos de equipo móvil” comprende a aeronaves, material rodante ferroviario y artefactos espaciales. Se trata de asegurar la exigibilidad de ciertos derechos de garantía constituidos sobre estos equipos móviles. Las razones económicas subyacentes se relacionan con importantes ahorros en el precio final de las operaciones relacionadas con estos bienes, a partir de una notable reducción del riesgo de cobro frente a un eventual estado de cesación de pagos del deudor. Las reglas generales del régimen están contenidas en la Convención, mientras que las reglas particulares concernientes a cada categoría de equipos móviles lo están en un Protocolo respectivo. La Convención establece que Convenio y Protocolo deben considerarse e interpretarse como un solo instrumento, y que en caso de cualquier discordancia prevalecerá el Protocolo.

6.4. OTRAS ORGANIZACIONES

Entre otras organizaciones cabe mencionar:

Comité Marítimo Internacional;

Commercial Finance Association;

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado;

Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL);

Asociación Internacional de Abogados;

Cámara de Comercio Internacional;

Organización de los Estados Americanos;

Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos;

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD);

Comisiones regionales de las Naciones Unidas;

Banco Mundial;

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI);

Organización Mundial del Comercio (OMC).

6.5. ORGANOS Y ORGANISMOS ESPECIALIZADOS DE LAS NACIONES UNIDAS¹⁰⁷

¹⁰⁷ Doc. ONU a/CN.9/628.

UIT Unión Internacional de Telecomunicaciones
CEPE Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas
CESPAP Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico de las Naciones Unidas
UNCTAD Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
ONUDD Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
OMPI Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

6.6. OTRAS ORGANIZACIONES INTERGUBERNAMENTALES

BAD Banco Asiático de Desarrollo
APEC Cooperación Económica en Asia y el Pacífico
Secretaría del Commonwealth
BERD Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo
CE Comisión Europea
Conferencia de La Haya
Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado
OEA Organización de los Estados Americanos
OTIF Organización Intergubernamental para el Transporte Internacional por Ferrocarril
OCDE Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
UNIDROIT Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
Banco Mundial Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento
OMA Organización Mundial de Aduanas
OMC Organización Mundial del Comercio

6.7. ORGANIZACIONES INTERNACIONALES NO GUBERNAMENTALES

CTO Organización de Telecomunicaciones del Commonwealth
INSOL Federación Internacional de Profesionales en materia de Reestructuración, Insolvencia y Quiebra
IBA Asociación Internacional de Abogados
CCI Cámara de Comercio Internacional
III International Insolvency Institute

6.8. ORGANOS Y ORGANISMOS VINCULADOS A TEMAS SOBRE INSOLVENCIA

6.8.1. Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD)

El BERD, comprendiendo que una legislación sólida no basta para lograr un régimen de la insolvencia eficaz, ha procurado desarrollar un régimen de la insol-

vencia basado en sus principios esenciales y con atención en especial a la efectividad del régimen definiendo un conjunto de principios que guíen a los países a la hora de establecer normas sobre calificaciones, conducta en materia de nombramientos, supervisión y reglamentación de titulares de cargos en los casos de insolvencia (los “titulares de cargos” son los fideicomisarios, los administradores, los liquidadores, los representantes de la insolvencia o actores similares que contribuyen al funcionamiento de numerosos regímenes de la insolvencia). El proyecto de principios sobre los titulares de cargos en casos de insolvencia puede consultarse en la página web del BERD.

6.8.2. International Insolvency Institute y American Law Institute

Estos Institutos han puesto en marcha un proyecto conjunto para preparar una declaración acerca de los principios de la cooperación en los casos de insolvencia internacional. Se celebró una primera reunión en junio de 2006. Se procurará que las asociaciones profesionales y judiciales aprueben los principios.

6.8.3. FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE PROFESIONALES EN MATERIA DE REESTRUCTURACIÓN, INSOLVENCIA Y QUIEBRA (INSOL)

En 2006 INSOL publicó los siguientes documentos:

a) *Financing in Insolvency Proceedings*, en que se analizan, en relación con 12 países, los diferentes procedimientos de insolvencia existentes, el grado en que los prestamistas intervienen otorgando financiación a empresas insolventes y cuestiones conexas como la obtención de garantías, la prelación dada a nuevos prestamistas y el papel del proceso judicial;

b) *Credit Derivatives in Restructurings*, un folleto que ofrece orientación a los profesionales de la insolvencia y otras personas en cuestiones relativas al impacto de los derivados de créditos en procedimientos de reestructuración. La obra incluye una visión general del mercado de los derivados de créditos, los elementos básicos de los swaps de incumplimiento crediticio, el acuerdo tras un problema crediticio y una comparación con otros tipos de productos y técnicas crediticios.

En 2007 se editó otra publicación sobre el tratamiento de los créditos garantizados en los procedimientos de insolvencia y preinsolvencia, y una serie de documentos técnicos sobre las formalidades para transferir empresas insolventes.

En 2006 la Federación INSOL y el American Bankruptcy Institute presentaron GLOBAL INSOLVENCY, que pretende ser una fuente completa de información sobre las cuestiones actuales relacionadas con las leyes de insolvencia internacional y reestructuración y sobre el marco jurídico de la insolvencia y los procesos de reestructuración en todo el mundo.

6.8.4. OCDE

La quinta reunión del Foro para la reforma de la insolvencia en Asia (FAIR), organizado por la OCDE en cooperación con la APEC, el Banco Asiático de Desarrollo, el Banco Mundial, el Organismo Australiano de Desarrollo Internacional (AusAID) y el Gobierno del Japón, se celebró en Beijing (China) el 27 y el 28 de abril de 2006. Los participantes examinaron las enseñanzas derivadas de diez años de reformas institucionales y jurídicas de los regímenes de la insolvencia asiáticos y debatieron la relevancia de la orientación internacional para mejorar los regímenes de la insolvencia, centrándose en particular en la Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia, en los Principios y directrices sobre sistemas eficaces de protección de los derechos del acreedor y para casos de insolvencia, del Banco Mundial, y en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

En la conferencia inaugural sobre buena gestión empresarial, auspiciada por el Instituto Hawkamah para la gestión de empresas y la OCDE, y destinada a los países del Oriente Medio y el Norte de África, se aprobó la Declaración de Dubai sobre gestión de empresas, que expresa el acuerdo de que los citados países deberían actuar para establecer regímenes de la insolvencia eficaces y crear marcos para la optimización del valor y la asignación más eficiente del capital a usos productivos.

Se convino incluir en el programa de trabajo un módulo sobre reestructuración e insolvencia de las empresas, que conllevará la creación de alianzas con organizaciones interesadas, incluso del sector privado.

6.8.5. Banco Mundial

En junio de 2006 el Banco Mundial organizó en Buenos Aires la reunión del Grupo de Trabajo 2006 del Foro Global de Jueces en cooperación con la Unión Internacional de Magistrados, la Federación Latinoamericana de Magistrados, la Asociación Europea de Magistrados, la Federación Argentina de la Magistratura y la Asociación Argentina de Magistrados Federales. Algunos de los temas que se trataron fueron la mediación y el arbitraje en casos comerciales y de insolvencia, la simplificación de los procesos comerciales mediante la utilización de entidades y procedimientos no judiciales, la delegación y la sustitución en procedimientos ejecutivos y la cooperación judicial y la comunicación entre tribunales en los procedimientos de insolvencia transfronteriza.

En 2007 el Banco Mundial se unió a la CNUDMI y a la Federación INSOL para auspiciar el séptimo Coloquio Judicial Multinacional, que se centró en la coordinación y la cooperación en los casos de insolvencia transfronteriza, organizado por la CNUDMI e INSOL desde 1995.

Para un análisis de los temas que se estudian en el derecho concursal de la actualidad, ver la introducción de los “Principios y líneas rectoras para los sistemas eficientes de insolvencia y derechos de los acreedores” del Banco Mundial, publicados en Abril del 2001.¹⁰⁸

¹⁰⁸ disponibles en http://www.worldbank.org/ifa/ipg_esp.pdf.

Precisamente el “principio” nro. 24 de dicho trabajo refiere a las “cuestiones internaciones”. En la pág. 64 de los “Principios”, se lee: *“El fenómeno de la insolvencia transfronteriza, donde la dispersión de los bienes y actividades del deudor genera una diseminación de intereses y pretensiones involucrando la potencial aplicación de más de un único sistema de derecho, ha existido desde que las sociedades humanas han permitido la movilidad y el intercambio. La diversidad entre legislaciones domésticas—tanto en asuntos de detalle como en el enfoque fundamental de la insolvencia—hace esencial que los aspectos transfronterizos de la insolvencia sean resueltos. La globalización del comercio ha incrementado la incidencia de la insolvencia internacional. Más aún, la dimensión y la complejidad de tales insolvencias pueden ser lo suficientemente significativas como para suscitar el interés público acerca de los métodos a ser seguidos, a fin de lograr soluciones justas y eficientes de los problemas expuestos. Esto ha dado lugar a una aceleración de los esfuerzos regionales para tratar las insolvencias transfronterizas y a iniciativas dirigidas a producir un enfoque global para los mismos problemas”*.¹⁰⁹

6.8.6. CIDIP – COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO¹¹⁰

¹⁰⁹ Sobre el tema puede verse Julio César Rivera, “Renovación de principios estructurales del derecho concursal”, en Revista del Derecho Privado y Comunitario - Concursos II – 2003, Rubinzal –Culzoni, pág. 9 y sg.

¹¹⁰ El Capítulo XIV de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, legisla el Comité Jurídico Interamericano (arts. 99 a 105)

Artículo 99

El Comité Jurídico Interamericano tiene como finalidad servir de cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos; promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, y estudiar los problemas jurídicos referentes a la integración de los países en desarrollo del Continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente.

Artículo 100

El Comité Jurídico Interamericano emprenderá los estudios y trabajos preparatorios que le encomienden la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores o los consejos de la Organización. Además, puede realizar, a iniciativa propia, los que considere conveniente, y sugerir la celebración de conferencias jurídicas especializadas.

Artículo 101

El Comité Jurídico Interamericano estará integrado por once juristas nacionales de los Estados miembros, elegidos por un período de cuatro años, de ternas presentadas por dichos Estados. La Asamblea General hará la elección mediante un régimen que tenga en cuenta la renovación parcial y procure, en lo posible, una equitativa representación geográfica. En el Comité no podrá haber más de un miembro de la misma nacionalidad.

Las vacantes producidas por causas distintas de la expiración normal de los mandatos de los miembros del Comité, se llenarán por el Consejo Permanente de la Organización siguiendo los mismos criterios establecidos en el párrafo anterior.

Artículo 102

El Comité Jurídico Interamericano representa al conjunto de los Estados miembros de la Organización, y tiene la más amplia autonomía técnica.

A partir de 1975 hasta la presente fecha, por medio de proyectos elaborados por el Comité Jurídico Interamericano, ya fueron realizadas siete Conferencias Interamericanas, designadas respectivamente de CIDIPs I, II, III, IV, V, VI y VII, de las cuales resultaron aprobadas 26 convenciones, con la finalidad de armonizar, unificar y uniformizar el derecho latinoamericano.

Artículo 103

El Comité Jurídico Interamericano establecerá relaciones de cooperación con las universidades, institutos y otros centros docentes, así como con las comisiones y entidades nacionales e internacionales dedicadas al estudio, investigación, enseñanza o divulgación de los asuntos jurídicos de interés internacional.

Artículo 104

El Comité Jurídico Interamericano redactará su estatuto, el cual será sometido a la aprobación de la Asamblea General.

El Comité adoptará su propio reglamento.

Artículo 105

El Comité Jurídico Interamericano tendrá su sede en la ciudad de Río de Janeiro, pero en casos especiales podrá celebrar reuniones en cualquier otro lugar que oportunamente se designe, previa consulta con el Estado miembro correspondiente.

Así, en 1975, en Panamá, en el momento de la realización de la CIDIP I, fueron aprobadas ocho convenciones respecto de las siguientes materias: Exhortos y Cartas Rogatorias, Recepción de Pruebas en el Derecho Extranjero, Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero, Letras de Cambio, Pagarés y Facturas, en materia de cheques y Arbitraje Comercial Internacional.

La CIDIP II ocurrió en Montevideo, en 1979, dando continuidad a lo que fue iniciado en Panamá, en las áreas del derecho comercial y procesal internacional. Fueron aprobadas, en esa oportunidad, convenciones sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado¹⁹, Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado, Protocolo Adicional a la Convención sobre Exhortos y Cartas Rogatorias de 1975, Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, Cumplimiento de Medidas Cautelares, Cheques y sobre Sociedades Mercantiles.

Por su vez, la CIDIP III, que ocurrió en La Paz, en 1984, resultó en la aprobación de cuatro convenciones en materia de Adopción de Menores, Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, Competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras y Protocolo Adicional al de 1975 sobre recepción de pruebas en el extranjero.

En 1989, en Montevideo, fue realizada la CIDIP IV, con la adopción de tres convenciones: sobre Restitución Internacional de Menores, Obligaciones Alimentarias y Transporte Internacional de Mercaderías. En las conclusiones de esa conferencia, fue recomendada la convocatoria de la CIDIP V, para dar continuidad a los trabajos, principalmente en el área de contratos internacionales, una vez que solamente los principios generales en materia contractual fueron aprobados, por falta de tiempo para el análisis de una convención.

Ya en 1994, en la ciudad de México, tuvo lugar la CIDIP V, que culminó con la aprobación de dos convenciones: la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y la Convención sobre Tráfico Internacional de Menores.

La CIDIP VI, fue realizada en Washington, en febrero de 2002. En esa ocasión, fueron adoptados los siguientes instrumentos internacionales: Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, Carta de Porte Directa y Negociable para el Transporte Internacional de Mercaderías por carretera y Carta de Porte Directa Uniforme No Negociable Interamericana para el Transporte Internacional de Mercaderías por carretera.

En la CIDIP VI, la metodología utilizada sufrió un cambio, no fueran aprobadas convenciones internacionales sobre conflictos de leyes, de carácter vinculante, pero si leyes modelo, para la uniformización del derecho material, no teniendo, por así decir, el denominador de la vinculación.

6.8.6.1. PROPUESTAS DE TEMAS PRESENTADOS PARA LA AGENDA DE LA SÉPTIMA CONFERENCIA INTERAMERICANA

De acuerdo con informaciones provenientes del propio Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales de la OEA:

“Las delegaciones de Brasil, Canadá, El Salvador, Estados Unidos, México, Perú, y Uruguay presentaron los siguientes temas para inclusión en la Agenda: Comercio Electrónico, Protección al Consumidor, Flujos Migratorios de Personas, Responsabilidad Civil Extracontractual, Transporte, Insolvencia Transfronteriza, Jurisdicción Internacional, Protección de Menores, y Grados Universitarios y Profesiones.”

De parte de Brasil, en 09 de diciembre de 2003, fue presentado por la Misión Permanente del país ante la OEA los siguientes posibles temas a ser abordados en la Séptima Conferencia: a) comercio electrónico; b) insolvencia comercial transfronteriza; c) movimientos transfronterizos y flujos migratorios de personas. Más tarde, en 22 de diciembre del mismo año, fue presentado por el gobierno brasilero un tema adicional a los ya sugeridos, el cual trata de la elaboración de una Convención Interamericana para la protección del consumidor en las Américas.

Los Estados Unidos, en 26 de febrero de 2004, presentaron al Consejo Permanente de la OEA, propuestas de formulación de nuevas leyes uniformes.

La CIDIP VII se celebró en la sede la Organización de Estados Americanos (OEA) en Washington el 7 al 9/10/2009. Se aprobó el reglamento Modelo sobre Garantías mobiliarias y el registro electrónico, para la implementación de la ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias.

CAPÍTULO 7

LA CONVENCIÓN RELATIVA A GARANTÍAS INTERNACIONALES SOBRE BIENES DE EQUIPO MÓVIL, CIUDAD DEL CABO 2001 (CGIBEM)

7.1. ANTECEDENTES.

7.1.1. GARANTÍAS SOBRE BIENES DE EQUIPO MÓVIL

La creación de garantías reales, bancarias o de seguros que respalden el riesgo empresario y las contingencias que sucedan en el desenvolvimiento de su estructura son reconocidas a nivel nacional e internacional. La regla general indica que todos los bienes que componen el patrimonio del deudor son pasibles de ejecución por sus acreedores en forma individual o colectiva.

Las garantías reales representan la seguridad más fuerte para el acreedor nacional y/o extranjero, ya que afectan y recaen directamente sobre la cosa o cosas cuyo valor pudo apreciar el acreedor en el momento de su constitución permitiendo su persecución y otorgando un derecho de preferencia al cobro.

Como consecuencia de este nuevo proceso mundial, que favorece un desarrollo económico global de grupos de países, el derecho interno de cada Estado deberá evitar resultar una traba a los diferentes negocios jurídicos intrarregionales que tal proceso trae aparejados, y por otro lado este derecho interno deberá incorporar una implicación a la idea de comunidad internacional y la función que desarrolla cada Estado en esa comunidad. La efectividad del derecho internacional privado dependerá en gran medida de la voluntad común de los Estados. Estos actualizan o positivizan los principios jurídicos y, en su conjunto, forman los preceptos de derecho internacional. Los sujetos de este orden jurídico, libres, soberanos y jurídicamente iguales, son los que formulan el derecho internacional.¹¹¹

En ese contexto, la UNIDROIT viene trabajando en la *Convención relativa a Garantías Internacionales sobre Bienes de Equipo Móvil* -que se firmó en Ciudad del Cabo el día 16 de noviembre de 2001- y sus Protocolos Complementarios. Estos instrumentos representan una iniciativa muy valiosa, orientada a eliminar la incertidumbre jurídica en ámbitos tan caros al progreso de los pueblos como lo son el transporte y las telecomunicaciones. Estos ámbitos de actividad económica cumplen simultáneamente una doble función o un doble rol pues, por un lado, proporcionan la indispensable infraestructura que es soporte del intenso intercambio actual de bienes y servicios; y, por otro, constituyen en sí mismos campos renovadamente fértiles para la inversión y la búsqueda de rédito empresarial.

Las reglas tradicionales conflictuales conducen a la aplicación de la *lex rei sitae*, como la regla de derecho que gobierna los derechos de propiedad cuando existe el desplazamiento de un bien mueble de una jurisdicción a otra. Esta regla de

¹¹¹ Cabuli, Ezequiel, “Escrituras de compraventa e hipotecas otorgadas en el extranjero: Protocolización. Formas. La intervención judicial”. En: La Ley, Bs. As., martes 13 de julio de 2004, págs. 1-3 (Tomo 2004-D).

derecho ha demostrado ser insuficiente en el caso específico de equipo móvil de alto valor que se desplaza de un estado nacional a otro, amén del desafío que conlleva aplicar estas normas a los objetos espaciales que se encuentran en órbita alrededor del planeta, prestando en forma permanente servicios de telecomunicaciones, de teleobservación y de posicionamiento global (GPS).

Por ello, se advirtió la necesidad de establecer en el ámbito internacional un sistema de garantías de reservas de dominio o de garantías arrendatarias que puedan proporcionarle al acreedor las salvaguardias necesarias y simultáneamente desarrollar medidas de protección del deudor.

El asunto puede tener figuras equivalentes en el derecho local, como el empleo del negocio indirecto en función de garantía. También en este caso las razones son las generales de todo el fenómeno aunque acotadas, obviamente, a los intereses en presencia. A su través se pretende independizar la garantía de la obligación asegurada; profesionalizar la gestión de la cobertura; eludir el procedimiento de ejecución sustituyéndolo por un expediente de mayor agilidad y menor costo; reforzar el valor de la garantía haciendo más eficaz la exclusividad del acreedor sobre la misma; limitar el riesgo de las operaciones obviando las contingencias sociales, políticas y económicas que puedan darse, etc.¹¹²

El costo del crédito para el equipamiento móvil de gran valor es excesivamente alto porque, bajo la regla de aplicar la ley de situación del bien de que se trate, la posición de los acreedores resulta incierta. El gobierno canadiense propuso en junio de 1988 que Unidroit iniciara un esfuerzo tendiente a extender a todo el campo de los derechos asegurativos en general, el principio contenido en la Convención sobre Leasing Financiero Internacional, en el sentido de que los derechos reales de un acreedor sean directamente ejecutables contra su deudor en caso de insolvencia.

A la luz del reporte de derecho comparado titulado “Regulación internacional de los aspectos de garantías asegurativas en bienes móviles” preparado por Ronald C.C. Cuming de la Universidad de Saskatchewan, y a las respuestas a un cuestionario, un reducido grupo de expertos reunido en Roma en marzo de 1992, decidió que sería útil y factible para Unidroit preparar reglas internacionales uniformes sobre la seguridad de los derechos que recaen sobre bienes móviles de gran valor que, por su naturaleza intrínseca, habitualmente atraviesan las fronteras nacionales en el curso ordinario de su empleo.

Un grupo de estudio de Unidroit presidido por Roy M. Goode (Universidad de Oxford) presentó en 1997 un proyecto preliminar de la *Convención relativa a Garantías Internacionales sobre Bienes de Equipo Móvil*. Posteriormente, en las sesiones conjuntas celebradas por los expertos gubernamentales de Unidroit y de la OACI (Organización de Aviación Civil Internacional), se abrieron a la firma aquella convención y el Protocolo concerniente, específicamente, a aeronaves (16 de noviembre de 2001, Ciudad del Cabo, Sudáfrica). El trabajo sobre la convención y este protocolo contaron con el invalorable aporte del Grupo de Trabajo sobre Aviación, IATA (International Air Transport Association) y el International Registry Task Force.

¹¹² DE REINA TARTIÈRE, Gabriel, “Negocio indirecto en función de garantía”, en *La Ley*, Bs. As., viernes 2 de diciembre de 2005, págs. 1-4 (Tomo 2005-F).

Ulteriormente, el Protocolo de Luxemburgo a la *Convención relativa a Garantías Internacionales sobre Bienes de Equipo Móvil* en lo que respecta específicamente material rodante ferroviario, fue adoptado y abierto a la firma el 23 de febrero de 2007, bajo el auspicio conjunto de Unidroit y la Organización Intergubernamental Internacional para el Transporte Ferroviario (OTIF). El Protocolo sobre Objetos Espaciales se encuentra aún en elaboración.

7.1.2. OBJETIVOS DE LA CONVENCIÓN

El primer objetivo de la Convención es incrementar la eficiencia del financiamiento que atañe a estos bienes muebles de muy alto valor, como las aeronaves, ferrocarriles y satélites, entre otros objetos espaciales. Dado que estos bienes se mueven de jurisdicción en jurisdicción, y no todas las jurisdicciones cuentan con un reconocimiento igualitario de los derechos de los acreedores, otorgar crédito en este campo implica asumir riesgos altos y, naturalmente, esto encarece su costo para el deudor. La Convención está basada sobre el principio de que un marco legal que facilite la creación, perfeccionamiento y refuerzo de las garantías asegurativas dará confianza a los inversores, sean institucionales o particulares, dentro y fuera del país interesado en el equipamiento, al mismo tiempo que ayudará a atraer capital nacional y extranjero.

En cumplimiento de este principio, la Convención establece un régimen legal internacionalmente aplicable que reducirá los riesgos asumidos por los acreedores y reducirá, por ende, los costos de financiamiento. Con arreglo a este régimen, los inversores aseguran a su crédito un rango privilegiado prioritario, superior a todo otro crédito que pudiera potencialmente competir contra él, y aún en el supuesto de quiebra podrán obtener la realización expedita y pronta del bien asiento de la garantía. En particular, la Convención procura que existan medios de ejecución forzada en las jurisdicciones de los Estados Contratantes, y crea un régimen de prioridad de las garantías de estos acreedores a determinar mediante un registro electrónico internacional.

Más allá de que los beneficios económicos que resulten de la Convención son difíciles de predecir con exactitud, un estudio realizado durante el desarrollo de la Convención estimó que los beneficios económicos potenciales a nivel mundial podrían alcanzar varios billones de dólares sólo en cuanto concierne a las aeronaves, repartidos entre aerolíneas, fabricantes y las economías de las naciones para las cuales los aparatos estén volando.

La Convención está basada en cinco principios fundantes:

Practicidad: el régimen establecido refleja la operación práctica de las modernas transacciones financieras;

Sensibilidad a las culturas legales nacionales: la Convención permite a los Estados Contratantes hacer reservas para modificar determinadas cláusulas cuando sean incompatibles con los principios de su legislación nacional; esta flexibilidad es particularmente importante para asegurar que el régimen establecido por la Convención responda a las normas legales locales;

Autonomía de las partes: la Convención asume que las partes en las transacciones que involucran bienes de muy alto valor estarán suficiente y expertamente representadas, y por eso permite máxima flexibilidad contractual;

Predictibilidad: la Convención establece concisas y claras reglas para determinadas prioridades, lo cual reduce la incertidumbre; y

Transparencia: la Convención procura la registración de las garantías en un registro público de base internacional, que podrá ser chequeado por terceros y que subordinará las garantías no registradas a aquéllas otras que sí lo estén.

7.2. ANÁLISIS DEL TEXTO LEGAL.¹¹³

7.2.1. LA EXPRESIÓN “BIENES DE EQUIPO MÓVIL”

La expresión “bienes de equipo móvil” comprende a aeronaves, material rodante ferroviario y artefactos espaciales. El principal objeto de la convención bajo examen consiste, pues, en intentar asegurar la exigibilidad de ciertos derechos de garantía constituidos sobre estos equipos móviles. Las razones económicas subyacentes se relacionan con importantes ahorros en el precio final de las operaciones relacionadas con estos bienes, a partir de una notable reducción del riesgo de cobro frente a un eventual estado de cesación de pagos del deudor. Las reglas generales del régimen están contenidas en la Convención, mientras que las reglas particulares concernientes a cada categoría de equipos móviles lo están en un Protocolo respectivo. La Convención establece que Convenio y Protocolo deben considerarse e interpretarse como un solo instrumento, y que en caso de cualquier discordancia prevalecerá el Protocolo.

La cuestión, naturalmente, ofrece múltiples aspectos a examinar, por cuanto el convenio enfoca sobre la posible insolvencia del deudor y prevé la concurrencia del acreedor -registrado según sus reglas- en el proceso falencial que corresponda, con arreglo a las leyes aplicables en el país donde éste resulte abierto.

La convención introduce los balances necesarios para equilibrar los intereses de acreedores y deudores. Le provee al acreedor de medios de defensa básicos en caso de incumplimiento o insolvencia.

Establece un Registro Electrónico Internacional para el registro de garantías internacionales que puedan proveer a terceros de la información necesaria y al acreedor de la preservación del derecho de prelación en relación a acreedores posteriores aún en caso de insolvencia del deudor. El sistema de registración de las garantías internacionales en el Registro está en el corazón de la Convención. Tal registración da noticia pública de la existencia de una garantía internacional sobre un bien y permite al acreedor preservar su prioridad y la efectividad de la garantía internacional en cualquier procedimiento de insolvencia contra un deudor renuente. El Registro permite a los individuos y a las organizaciones registrar intereses financieros sobre equipos aéreos, por ejemplo, y llevar a cabo seguimientos sobre esos

¹¹³ El texto completo oficial en español ha sido agregado como DOCUMENTO ANEXO de esta investigación.

equipos. Una vez que un interés internacional ha sido registrado, el interés de ese acreedor tendrá prioridad sobre todo otro interés registrado posteriormente y, naturalmente, sobre todos los no registrados, con excepción de aquellos que hayan sido excluidos por declaración especial de un Estado Parte al ratificar la Convención.¹¹⁴

El conocimiento y comprensión desde el punto de vista jurídico y orgánico de las normas en juego, nacionales e internacionales, permitirá analizar los alcances y efectos que la *Convención relativa a Garantías Internacionales sobre Bienes de Equipo Móvil* y sus Protocolos concernientes a aeronaves, material rodante ferroviario y objetos espaciales, puedan eventualmente proyectar sobre la legislación argentina y sobre los acuerdos MERCOSUR, con el objeto de establecer si nuestro país y la región están en condiciones de ratificar estos instrumentos y, en su caso, cuáles serían las ventajas y desventajas de su adopción.

7.2.2. CONSTITUCIÓN Y EFECTOS

El Convenio prevé un régimen para la constitución y los efectos de garantías internacionales sobre ciertas categorías de elementos de equipo móvil y los derechos accesorios, constituidas sobre objetos inequívocamente identificables.

La Convención admite la constitución de garantía:

- a) Dada por el otorgante en virtud de un contrato constitutivo de garantía;
- b) Correspondiente a una persona que es el vendedor condicional en virtud de un contrato con reserva de dominio;
- c) Correspondiente a una persona que es el arrendador en virtud de un contrato de arrendamiento, con o sin opción de compra (art. 2.2).

El Convenio se aplica cuando, en el momento de celebrar el contrato que crea o prevé la garantía internacional, el deudor está situado en un Estado contratante. El hecho de que el acreedor esté situado en un Estado no contratante no afecta a la aplicabilidad del Convenio (art. 3).

El deudor está situado en cualquier Estado contratante:

- a) Bajo cuya ley ha sido constituido o formado;
- b) en que tiene su sede social o su sede estatutaria;
- c) en que tiene su administración central; o
- d) en que tiene su establecimiento. Si tiene más de uno, se considerará al establecimiento principal o, si no tiene establecimiento comercial, su residencia habitual.

La Convención establece requisitos de forma para la constitución de las garantías (art. 7) y prevé medidas ante el incumplimiento del deudor, a favor del acreedor garantizado:

- a) tomar la posesión o el control del objeto gravado en su beneficio;
- b) venderlo o arrendarlo;
- c) percibir o recibir todo ingreso o beneficio proveniente de su gestión o explotación (art. 8).

¹¹⁴ MARREN, Hilary – FAY, Joe – CLARKIN, Sarah – “*New Irish-based Register to Implement Cape Town Convention comes into force*”, en: *Journal of International Banking Law and Regulation*, 21 (2006), n° 7, N51-N52.

Estas medidas podrá tomarlas el acreedor de forma extrajudicial (si las hubiera consentido en algún momento el otorgante) o bien puede optar por solicitar al tribunal que autorice u ordene alguno de los actos mencionados. La Convención establece que toda medida de esta naturaleza se aplicará “de una forma comercialmente razonable”, esto es, de conformidad con las cláusulas del contrato constitutivo de garantía, salvo que dichas cláusulas sean manifiestamente excesivas.

Se prevé, pues, un procedimiento extrajudicial o consensuado, y también la intervención de un “tribunal” (judicial, administrativo o arbitral). También se prevé la transferencia de la propiedad del objeto gravado a favor del acreedor, para satisfacer total o parcialmente las obligaciones garantizadas (art. 9).

El incumplimiento que dé lugar a las medidas comentadas, no impide que el otorgante o cualquier persona interesada -esta última subrogando los derechos del acreedor- cancelen el derecho de garantía pagando íntegramente el monto garantizado.

Por otra parte, la Convención establece que todo Estado contratante deberá asegurar que el acreedor que pruebe el incumplimiento de las obligaciones del deudor pueda obtener rápidamente de un tribunal, antes de que se decida definitivamente su reclamación y en la medida en que el deudor lo haya consentido en algún momento, una o varias de las medidas siguientes (a modo de protección cautelar):

- a) la conservación del objeto y su valor;
- b) la posesión, el control o la custodia del objeto;
- c) la inmovilización del objeto;
- d) el arrendamiento o la gestión del objeto y el ingreso producido (art. 13).

Por otra parte, la Convención organiza un sistema de inscripción internacional. Al respecto, se prevé el establecimiento de un Registro Internacional y de una Autoridad Supervisora, que nombrará al Registrador (arts. 16/17). La Autoridad Supervisora tendrá todos los derechos de propiedad sobre las bases de datos y los archivos del Registro internacional.

La inscripción puede pedirla cualquiera de las partes con el consentimiento escrito de la otra (art. 20). También se establecen los efectos contra terceros de las garantías internacionales, y el rango de la concurrencia (art. 29).

El art. 30 dispone que las garantías internacionales constituidas de conformidad con las prescripciones del Convenio, tendrán efecto en los procedimientos de insolvencia contra el deudor siempre que hubiesen sido inscritas antes del comienzo de dichos procedimientos.

Se prevé y se regula la eventual cesión de derechos accesorios y garantías internacionales (arts. 31 a 38).

En otro orden, los Estados contratantes pueden efectuar en cualquier momento declaraciones ante el Depositario del Protocolo, relativas al rango de concurrencia de determinadas categorías de derechos o garantías no contractuales que, en virtud de la ley del Estado, tengan una prioridad equivalente o superior al de una garantía internacional inscrita, en el marco de procedimientos de insolvencia o

no. De no mediar una declaración de esta naturaleza, tendrán prioridad las garantías internacionales inscriptas. Los Estados podrán, asimismo, presentar una lista de las categorías de derechos y garantías no contractuales que podrían inscribirse como si fueran garantías internacionales. También pueden declarar que ninguna de las disposiciones del Convenio afectará al derecho de un Estado o de una organización intergubernamental o de otro proveedor de servicios públicos a embargar o detener un objeto en virtud de las leyes de dicho Estado por el pago de las cantidades adeudadas a esa entidad, organización o proveedor en relación directa con esos servicios respecto de ese objeto o de otro objeto (arts. 39 y 40).

El Convenio establece un sistema de elección de jurisdicción, por el cual pueden conocer de una reclamación los tribunales de un Estado contratante elegidos por las partes, independientemente de que la jurisdicción elegida tenga o no relación con las partes o con la transacción. Sin perjuicio de la jurisdicción por elección, se determinan también tribunales competentes para adoptar las medidas provisionales previstas en el art. 13, y para entender ante pedidos de indemnización por error del Registrador o para dictar órdenes que deba cumplir el Registrador. Las disposiciones en materia de jurisdicción no son aplicables a los procedimientos de insolvencia (arts. 42 a 45). En el momento de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión a un Protocolo, los Estados contratantes pueden designar el tribunal o los tribunales competentes a estos efectos (art. 53).

7.2.3. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

En tales condiciones, resulta apropiado realizar una breve comparación con el estado del arbitraje comercial internacional que, atendiendo a su naturaleza jurídica, presenta aristas similares como el carácter voluntarista, por tener su origen en la voluntad de las partes, y el carácter transnacional, por su incorporación en un orden jurídico transnacional, así como considerar los interrogantes en función del nuevo concepto de orden público internacional.

Al respecto, Alfredo De Jesús O. explica que *“La naturaleza transnacional del arbitraje comercial internacional, correlativa a su naturaleza voluntaria, es de la esencia del arbitraje. Al referirnos a la naturaleza voluntarista del arbitraje comercial internacional, afirmamos que su régimen se fundamenta y se estructura en función de la voluntad de los operadores del comercio internacional. Voluntad que, por la evolución de una economía internacional a una economía globalizada, por la transformación del espacio internacional, transfronterizo, en un espacio global, afronterizo, y por el debilitamiento de la autoridad, el poder y el derecho del Estado, desbordado en materia de regulación económica por la globalización, se ha convertido en un poderoso vector del derecho global de las relaciones comerciales internacionales. Un derecho global de las relaciones comerciales internacionales, un derecho transnacional específico de las relaciones comerciales internacionales creado de forma espontánea por la comunidad internacional de operadores del comercio internacional, la *societas mercatorum*, para regular el orden jurídico*

transnacional, anacional y específico de las relaciones comerciales internacionales, la lex mercatoria”.

Añade el autor que una de las consecuencias de la autonomía del arbitraje internacional consiste en evitar el contacto del árbitro del comercio internacional con los mecanismos de la justicia constitucional. Sobre esa base efectúa un análisis que puede proyectarse al sistema judicial argentino donde el ejercicio del control de constitucionalidad es difuso, vale decir, efectuado por todos los jueces en todas las instancias. Al respecto, explica que *“Las relaciones entre los jueces estatales y los árbitros del comercio internacional suelen explicarse a través de las nociones de juez de apoyo y de juez de control del arbitraje. Por un lado, los jueces estatales apoyan a los árbitros del comercio internacional, remitiendo a las partes al arbitraje si alguna de ellas ha recurrido a ellos a pesar de la existencia aparente de un acuerdo de arbitraje, colaborando en materia de medidas cautelares, en materia probatoria, etc. Por el otro, los jueces estatales controlan a los árbitros del comercio internacional a través del control judicial del laudo arbitral internacional, a través del recurso de nulidad ante los tribunales de la sede del arbitraje o a través del procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral internacional (...)”*. Continúa diciendo que *“(...) En materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales las relaciones de relevancia entre el orden jurídico constitucional, el orden jurídico internacional y la lex mercatoria se vehicular, entre otras cosas, a través de la aludida noción de orden público. Por un lado, la lex mercatoria, bajo ciertas condiciones, reconoce la exigencia, no sólo del orden jurídico constitucional, sino también del orden jurídico internacional, de que los laudos arbitrales internacionales respeten el orden público. Por el otro, el orden jurídico constitucional, está dispuesto a reconocer y ejecutar un laudo arbitral internacional si este no es contrario al orden público. El orden jurídico constitucional ha decidido vehicular esa relación con la lex mercatoria y el orden jurídico internacional a través de la noción de orden público al ratificar la Convención de Nueva York, la cual establece, en su artículo V que el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral puede ser denegado si éste es contrario al orden público. De este modo es que, por ejemplo, el respeto del derecho universal al debido proceso, detrás de la protección ante la “vía de hecho” o del “procedimiento irregular”, que tanto preocupa a la Corte Constitucional colombiana y al Tribunal Constitucional peruano, será garantizado a través del control judicial del laudo arbitral internacional a través de la noción de orden público. En otras palabras, la noción de orden público permite una comunicación de las exigencias del orden jurídico constitucional, del orden jurídico internacional y la lex mercatoria. Por ello, no hay ninguna necesidad de inventar conceptos propios de un orden jurídico para imponérselo a otros que no lo comprenden. Se trata simplemente de una cuestión de técnica jurídica. El orden jurídico internacional y la lex mercatoria han propuesto hablar respectivamente de orden público internacional y de orden público transnacional. Por su parte, la mayoría de los órdenes jurídicos constitucionales del mundo han aceptado, al ratificar la Convención de Nueva York, la propuesta del orden jurídico internacional de hablar de orden público internacional, otros más favorables al arbitraje han decidido adoptar una noción de orden público verdaderamente internacional, transnacional. Pero el tono de esa comunicación entre los distin-*

tos órdenes jurídicos autónomos a través de la noción de orden público merece ser afinado. Afirmar que la noción de orden público es uno de los puntos de contacto que configuran las relaciones de relevancia entre el orden jurídico constitucional, el orden jurídico internacional y la lex mercatoria, hace necesario que su contenido sea precisado. En este sentido, es perfectamente válido y deseable que los jueces de control del arbitraje, jueces que actúan en el marco del orden jurídico constitucional, se pregunten sobre lo que debe entenderse por orden público a los efectos del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral internacional y qué papel juega la noción de “orden público constitucional”, que les es más familiar, en este contexto. Precisamente porque la noción de orden público a los efectos del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral vehicula el punto de comunicación entre el orden jurídico constitucional, el orden jurídico internacional y la lex mercatoria, merece una acepción específica, restringida y técnica. No se trata del orden público del lenguaje común, se trata de una noción precisa con un contenido específico. Pero qué noción de orden público debe aplicar el juez estatal, el orden público constitucional, el orden público internacional o el orden público transnacional (...).¹¹⁵

Más allá de disquisiciones de orden conceptual o cuasi filosófico, resultan de crítica importancia para la eficacia comercial de la Convención las reglas concernientes a los efectos de los procedimientos de insolvencia sobre los intereses internacionales. La Convención establece como un principio general que una garantía internacional es efectiva en los procedimientos de insolvencia contra un deudor si fue registrada con anterioridad al comienzo de tal procedimiento de insolvencia. De todos modos, la falla en la registración de la garantía no la invalida ni perjudica su efectividad en orden a los objetivos de los procedimientos de insolvencia bajo una ley nacional. El artículo 30 de la Convención expresamente resguarda el efecto de las leyes relativas a la anulación de preferencias y transferencias en fraude a los acreedores y de las reglas de procedimiento relativas a la entrada en vigor de derechos de propiedad bajo el control o la supervisión del administrador de la insolvencia.¹¹⁶

Llevar la Convención de Unidroit a una conclusión exitosa, en términos tanto de contenido como de aceptación internacional, representa cambios enormes. Estos cambios abarcan desde lo técnico a lo político. Se han identificado los estándares últimos a los que un registro internacional debe aspirar para lograr una real institución global. Esto también sugiere que los intereses legítimos y funciones de los registros nacionales deben ser protegidos y pueden coexistir con el registro internacional. Más específicamente, se caminará hacia un trabajo conjunto por un éxito común.¹¹⁷

¹¹⁵ DE JESÚS O., Alfredo, “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina”, en *ElDial.com* del 25-9-2009.

¹¹⁶ ATWOOD, John, “The status of the Mobile Equipment (Cape Town) Convention – Arrival of an international registration system”, en: *Uniform Commercial Code Law Journal*, 39 (2006), págs. 75-98.

¹¹⁷ MOONEY, Charles W. (Jr.), “Relationship between the prospective Unidroit International Registry, Revised Uniform Commercial Code Article 9 and national civil aviation registries”, en: *Uniform Law Review / Revue de droit uniforme* (1999), págs. 335-346.

7.3. EL PROTOCOLO PARA AERONAVES.¹¹⁸

7.3.1. ANÁLISIS

Como ya se ha dicho, durante la génesis de la Convención se advirtió tempranamente que las diferencias en la regulación de los distintos bienes de equipo móvil concernidos hacían necesario elaborar, adicionalmente, protocolos con disposiciones específicas para cada uno de ellos y que se aplican en forma complementaria con el tratado general. Estos protocolos se redactaron, pues, con intervención de cada sector específico de la industria haciendo uso de su experiencia en el área.

De esta manera, la industria aeronáutica elaboró el “Borrador de Protocolo Preliminar de la Convención Unidroit sobre Garantías Internacionales sobre Equipos Móviles en lo relativo a temas específicos de Equipos Aéreos”. El trabajo fue desarrollado por el “Grupo de Trabajo sobre Aviación” que contó con el respaldo de los principales fabricantes de aeronaves, de la IATA (Asociación Internacional de Transporte Aéreo y de la OACI (Organización de Aviación Civil Internacional).

El proyecto fue ulteriormente remitido a Unidroit junto con un estudio de impacto económico cuya conclusión fue que, de ser ratificada, la Convención tendría el potencial de lograr resultados positivos satisfactorios en la industria. Sobre esta base, previa consulta a los gobiernos de varios países y celebrada una reunión preliminar, se adoptó el texto definitivo del Protocolo para Aeronaves.

La Convención y el Protocolo han sido diseñados para resolver los problemas que actualmente interfieren con el financiamiento de equipamiento aeronáutico. Ellos particularmente se dirigen a las dificultades de transacción segura que corrientemente existen en relación al financiamiento internacional basado en bienes y el leasing de aeronaves. Hasta hoy, los regímenes legales nacionales de propiedad han dominado el financiamiento de tales objetos. Pero ahora, el principal problema es que existe una gran diversidad de regímenes legales de propiedad en el nivel internacional. Más específicamente, no hay una ley internacional uniforme que trate sobre las garantías asegurativas de aeronaves. Adicionalmente, la existente Convención de Ginebra sobre Reconocimiento Internacional de Derechos sobre Aeronaves es inadecuada. Esta Convención establece que los Estados Contratantes deben reconocer cuatro clases de garantías constituidas en el extranjero, siempre que se acredite que lo fueron con arreglo a la ley del Estado Contratante en el cual la aeronave está matriculada, vigente al momento de la creación de la garantía. De acuerdo con las disposiciones de este Convenio de Ginebra, la respuesta a la pregunta sobre cuál ley nacional sobre propiedad debe aplicar un tribunal en algún caso específico es todavía muy incierta.¹¹⁹

¹¹⁸ El texto completo oficial en español ha sido agregado como DOCUMENTO ANEXO de esta investigación.

¹¹⁹ HONNEBIER, B. Patrick, “*The fully-computerized International Registry for Security Interests in Aircraft and Aircraft Protocol that will become effective towards the beginning of 2006*”, en: *Journal of Air Law and Commerce*, 70 (2005), n° 1, págs. 63-82.

El trabajo sobre las alternativas legales y técnicas concernientes a la registración internacional para aeronaves comenzó en abril de 1996 en Roma. El grupo de trabajo continuó hasta septiembre de 1999, formulando recomendaciones a *Unidroit* y a OACI con respecto al desarrollo de los requerimientos básicos de la registración internacional para aeronaves.¹²⁰

7.3.2. REGISTRO

Para el caso de las aeronaves, se ha propuesto que sea la OACI el organismo que regule el Registro Internacional de garantías previsto en la Convención, y que sea administrado por una agencia especial de la IATA, creada específicamente para la operación del Registro. Este Registro –de base electrónica- y sus entidades afiliadas trabajarían como una organización internacional sin control directo de ningún Estado en particular, para poder mantener la independencia necesaria frente a eventuales interferencias gubernamentales o de cualquier otra autoridad local. En este sentido, la Convención se abstiene de inmiscuirse en las políticas de los Estados Partes, permitiendo que cada uno de ellos mantenga y aplique sus sistemas preexistentes de orden de prioridad respecto de determinados créditos, siempre y cuando notifiquen debidamente cuál o cuáles de estos derechos creditorios tendrían, según su legislación nacional, prioridad por sobre las garantías registradas internacionalmente.

El Registro, el primero de esta clase en la historia, es una figura principal de la estructura prioritaria de la Convención y el Protocolo aplicable a siete tipos de transacción concernientes a derechos de propiedad sobre aeronaves, fuselajes, motores de aeronaves y helicópteros. Su papel es proveer un método funcionalmente eficiente y comercialmente aceptable para fijar los derechos de prioridad entre demandantes que compiten por sus intereses sobre esos objetos. El diseño del sistema hace posible efectuar registraciones y realizar búsquedas rápidamente a un costo modesto, así como minimizar la posibilidad de errores en la registración manual de los datos, la manipulación fraudulenta de ellos o la corrupción de los datos. El Registro es completamente electrónico y accesible desde cualquier lugar del mundo disponiendo de conexión a internet.¹²¹

El artículo 17(2) de la Convención prevé que los Estados Contratantes puedan designar operadores para facilidades de registración en sus respectivos territorios cuya función será transmitir la información requerida para su registración al registro.¹²²

¹²⁰ STANDELL, Joseph R. – The role of the International Registry Task Force (I.R.T.F.) in the development of the international Registry for interest in aircraft, en: *Uniform Law Review / Revue de droit uniforme*, 11 (2006), págs. 8-17.

¹²¹ CUMING, Ronald C.C., “*The international Registry for interests in aircraft: an overview of its structure*”, en *Uniform Law Review / Revue de droit uniforme*, 11 (2006), págs. 18-59.

¹²² CUMING, Ronald C.C., “*Considerations in the design of an international Registry for interests in mobile equipment*”, en: *Uniform Law Review* (1999), págs. 275-288.

7.3.3. DERECHOS Y ACCIONES DEL ACREEDOR GARANTIZADO

La Convención prevé derechos y acciones a disposición del acreedor garantizado o del arrendador, para el caso en que la obligación garantizada no fuera cumplida. Estos recursos y acciones incluyen la toma de posesión o control de la aeronave o el equipo, la venta u otorgamiento de un contrato de arrendamiento sobre los mismos y el cobro de cualquier renta o utilidad que surgiera de su administración, uso o, dadas determinadas condiciones, el desregistro y posterior exportación del equipo aeronáutico. Esto sólo es viable cuando el obligado tenga la facultad de emitir una autorización de solicitud de baja del registro y exportación irrevocable y solamente la persona bajo cuyo nombre se emitió la autorización puede llevar adelante el procedimiento. No obstante, esta especial autorización no tendría prioridad sobre cualquier otra garantía registrada internacionalmente.

Con el propósito de limitar la posible injerencia sobre las políticas de cada país, el Protocolo Aeronáutico limita, a su vez, los recursos y acciones establecidos en la Convención, al establecer que al acreedor no se le permitirá la reposición del bien mueble, objeto de la transacción, si al hacerlo viola el orden público del respectivo país. Si bien la Convención delega en los poderes judiciales nacionales el verificar cuáles acciones se subsumirían en esta categoría, se ha dicho en la discusión previa a la adopción del Protocolo que la mera interrupción de los servicios de transporte aéreo prestados por una aerolínea cuya aeronave ha sido repositada, no se subsume bajo la categoría de acciones que en este sentido violan el orden público.

Siguiendo esa línea de ideas, el Protocolo ofrece la opción de solicitar una autorización judicial previa para la aplicación de los recursos y acciones de mayor alcance, previstos en la Convención. Se ha adoptado, asimismo, una disposición transitoria que permite al acreedor obtener un amparo temporal a través de una serie de medidas que protegen sus intereses durante la vigencia de una decisión judicial, o cuando el arrendatario/deudor ha incumplido y el equipo (la garantía principal) no está disponible por cualquier razón. Esta medida podría ejecutarse en el país contratante en que se hallara el bien, aun cuando el asunto se estuviera dirimiendo en los tribunales del país respectivo. Tal medida temporal contempla la preservación de la aeronave o de su valor comercial, su eventual desplazamiento, posesión, control, custodia o administración del equipo aeronáutico y el cobro de las utilidades o rentas de la aeronave.

En otro orden, los países pueden prever que la entrada en vigencia de Convención y Protocolo Aeronáutico se limite únicamente a determinadas categorías de equipos móviles que ellos seleccionen. Se otorga un carácter abierto a la autonomía de las partes, permitiéndoles desarrollar negociaciones entre ellas y otorgándoles la facultad de elegir el ejercicio de determinados recursos y acciones. De esta manera, el Protocolo prevé que las partes puedan acordar la ley aplicable para regular total o parcialmente los derechos y obligaciones que surjan de sus transacciones internacionales.

Por último, las cláusulas finales son lo suficientemente flexibles como para permitir a los Estados Contratantes aprovechar la opción de excluir aquellas estipulaciones que no sean apropiadas a sus políticas públicas. El Protocolo profundiza las

disposiciones de esta naturaleza, permitiendo a los Estados optar por excluir las previsiones que consideren inapropiadas a su respecto.¹²³

7.4. EL PROTOCOLO PARA MATERIAL RODANTE FERROVIARIO.¹²⁴

7.4.1. ANÁLISIS

Los ferrocarriles han tenido una importancia vital para el desarrollo económico de la mayoría de los países. Sin embargo, salvo algunas excepciones, su importancia ha ido disminuyendo desde la Segunda Guerra Mundial debido al aumento del transporte aéreo y por carretera. No obstante, los nuevos retos relacionados con las necesidades en materia de transporte, los mercados energéticos y los efectos en el medio ambiente probablemente harán que los ferrocarriles recuperen su importancia en el siglo XXI. El desarrollo de una red ferroviaria de alta velocidad en Europa es una demostración de este nuevo impulso. Comparando la distancia media recorrida por mercancía en transporte por carretera, por ferrocarril y por vías fluviales internas, las distancias largas fueron más importantes en el transporte por ferrocarril. La mayor importancia de las distancias largas en el transporte ferroviario probablemente refleja el transporte de ciertos bienes, como materias primas pesadas en países grandes. Durante las dos últimas décadas se han producido numerosos cambios significativos en el sector de los ferrocarriles en todo el mundo. Los monopolios ferroviarios nacionales se ven sometidos a un desgaste paulatino porque los gobiernos ya no pueden permitirse sufragar las cargas financieras cada vez mayores generadas por actividades estatales no rentables. En muchos países se ha llevado a cabo una reestructuración y en todos los continentes pueden verse diferentes modelos de reestructuración. Una manera de abordar las reformas de los ferrocarriles y dar mayor relevancia a la función que desempeña el sector privado es otorgar la concesión del servicio. Las concesiones implican que la titularidad y la supervisión de la infraestructura siguen siendo públicas pero el sector privado se ocupa de su gestión y de la prestación de servicios.

En este contexto es útil hacer referencia a la entrada en vigor, en 1985, del Convenio relativo a los Transportes Internacionales por Ferrocarril (COTIF) de 1980; esto marcó el nacimiento de la Organización Intergubernamental para los Transportes Internacionales por Ferrocarril, hoy llamada OTIF. Este Convenio se firmó en Berna y quedó modificado por el Protocolo de Vilnius en 1999. El objetivo es establecer un régimen jurídico uniforme aplicable a los transportes de viajeros, equipajes y mercancías en tráfico internacional directo entre los Estados miembros. La OTIF está compuesta actualmente de 41 países, a saber todos los Estados de Europa a excepción de los Estados antes integrados en la antigua URSS (excepto

¹²³ En este apartado se ha seguido el trabajo de Harper, George, "El proyecto de Convenio Unidroit sobre intereses internacionales sobre equipos móviles, con relación a las aeronaves", publicado en Temas de Aviación Comercial y Derecho Aeronáutico y Espacial VI, págs. 134/154, por la Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y Espacial (ALADA) (ISBN: 987-9851-2-6).

¹²⁴ El texto completo oficial en español ha sido agregado como DOCUMENTO ANEXO de esta investigación.

Lituania y Letonia); cuatro Estados de Oriente Próximo (Irak, Irán, Líbano y Siria); y tres Estados de África septentrional (Argelia, Marruecos y Túnez).

La organización tiene su sede en Berna y sus órganos son: la asamblea general, el comité administrativo y financiero, la comisión de revisión, la comisión de expertos sobre el transporte de mercancías peligrosas y la oficina central de los transportes internacionales por ferrocarril.

Las tareas principales del OTIF se refieren a los temas siguientes:

- el derecho de transporte internacional por ferrocarril (transporte de pasajeros y mercancías),
- el transporte de mercancías peligrosas,
- el contrato de utilización de vehículos,
- el contrato de utilización de la infraestructura ferroviaria,
- la validación de normas técnicas y la adopción de requisitos técnicos uniformes aplicables al material ferroviario,
- la eliminación de los obstáculos al paso de las fronteras en el marco del tráfico internacional,
- la participación en la elaboración de otros convenios internacionales relativos al transporte ferroviario.

7.4.2. NORMATIVAS

En el ámbito de la Unión Europea se adoptó el Reglamento (CE) nº 881/2004, por el cual se creó la Agencia Ferroviaria Europea. El sector ferroviario europeo se ha caracterizado por la falta de una reglamentación técnica internacional. La constitución de un espacio ferroviario integrado supone la creación de una reglamentación técnica común controlada. Dada la dificultad para los Estados miembros de elaborar soluciones comunes sobre seguridad e interoperabilidad ferroviaria, se consideró que el instrumento más conveniente para hacer posible este espacio era la creación de una Agencia. La legislación comunitaria contempla la aplicación progresiva de las ETI. Se trata de las Directivas 96/48/CE y 2001/16/CE sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario europeo. En ese contexto, el pasado 10 de diciembre de 2009 la Unión europea firmó el Protocolo Ferroviario a la Convención que aquí se examina, denominado Protocolo de Luxemburgo.

En la República Argentina se adoptaron recientemente la ley 26.352 sobre Creación de sociedades Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado y Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado (B.O. 27 de marzo de 2008); el decreto del Poder Ejecutivo Nacional nº 752/08 (06-5-08); y la resolución nº 613 de la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (03-12-09). Esta última establece las condiciones para el reconocimiento de ejecuciones o adquisiciones efectuadas por los concesionarios ferroviarios de carga, como inversiones enmarcadas en las pautas definidas por las Actas Acuerdo suscriptas con anterioridad y ratificadas por los decretos 2017/08, 82/09 y 1039/09.

El objeto de la ley 26.352 consiste en el reordenamiento de la actividad ferroviaria, ubicando como pieza clave de toda la acción, de los nuevos criterios de gestión y de rentabilidad, al usuario. Cada una de las dos sociedades creadas por dicha ley tienen su propia razón de ser; así, la Administración de Infraestructuras

Ferrovias Sociedad del Estado tendrá a su cargo la administración de la infraestructura ferroviaria actual, de la que se construya en el futuro, su mantenimiento y la gestión de los sistemas de control de la circulación de trenes (art. 1). Por su parte, la sociedad Operadora Ferrovias Sociedad del Estado tendrá a su cargo la prestación de los servicios de transporte ferroviario tanto de cargas como de pasajeros, en todas sus formas, que le sean asignados, incluyendo el mantenimiento del material rodante (art. 7). Para ello contará entre sus funciones la de administrar y disponer del material tractivo y remolcado que tenga asignado para su operación ferroviaria (art. 8 inc. c). Ambas sociedades actuarán en el ámbito del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.¹²⁵

¹²⁵ ACTIVIDAD FERROVIARIA Ley 26.352 Cranse las sociedades Administración de Infraestructuras Ferrovias Sociedad del Estado y Operadora Ferrovias Sociedad del Estado. Funciones. Competencias. mbito de actuación. Sancionada: Febrero 28 de 2008 Promulgada de Hecho: Marzo 25 de 2008. El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

TITULO I FINALIDAD **ARTICULO 1** — El objeto de esta ley es el reordenamiento de la actividad ferroviaria, ubicando como pieza clave de toda la acción, de los nuevos criterios de gestión y de rentabilidad, la consideración del usuario, conforme a las pautas que se fijan.

TITULO II LA INFRAESTRUCTURA FERROVIARIA ADMINISTRACION **ARTICULO 2** — Créase, la ADMINISTRACION DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS SOCIEDAD DEL ESTADO con sujeción al régimen establecido por la Ley N 20.705, disposiciones pertinentes de la Ley N 19.550 y modificatorias que le fueren aplicables y a las normas de su Estatuto, la que tendrá a su cargo la administración de la infraestructura ferroviaria actual, la que se construya en el futuro, su mantenimiento y la gestión de los sistemas de control de circulación de trenes.

ARTICULO 3 — La ADMINISTRACION DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS SOCIEDAD DEL ESTADO, tendrá las siguientes funciones y competencias:

- a) La administración de la infraestructura ferroviaria, de los bienes necesarios para el cumplimiento de aquella, de los bienes ferroviarios concesionados a privados cuando por cualquier causa finalice la cesión, o se resuelva desafectar de la explotación bienes muebles o inmuebles. Asimismo, administrar el patrimonio ferroviario que se encuentre en jurisdicción del ORGANISMO NACIONAL DE ADMINISTRACION DE BIENES el que se transferir a la ADMINISTRACION DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS SOCIEDAD DEL ESTADO, en el plazo y bajo el procedimiento que el PODER EJECUTIVO establezca a tales fines.
- b) La confección y aprobación de proyectos de infraestructuras ferroviarias que formen parte de la red ferroviaria, su construcción, rehabilitación y mantenimiento que se lleven a cabo por sus propios recursos, de terceros, o asociada a terceros y con arreglo a lo que determine el MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS.
- c) El control e inspección de la infraestructura ferroviaria que administre y de la circulación ferroviaria que se produzca en la misma.
- d) La explotación de los bienes de titularidad del Estado nacional que formen parte de la infraestructura ferroviaria cuya gestión se le encomiende o transfiera.
- e) La cooperación con los organismos que en otros Estados administren las infraestructuras ferroviarias, para establecer y adjudicar capacidad de infraestructura que abarque más de una red.
- f) La definición de la red nacional primaria y secundaria y de las explotaciones colaterales, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 14 inciso a) de esta ley.
- g) La percepción de cánones por utilización de infraestructura ferroviaria, y en su caso, por la prestación de servicios adicionales, complementarios y auxiliares.
- h) La confección de un registro unificado y actualizado del material rodante ferroviario.
- i) La conformación de su estructura organizativa, la selección de su personal con un criterio de excelencia y la capacitación del mismo.
- j) La emisión de órdenes de emergencia dirigidas a las empresas ferroviarias, disponiendo medidas de aplicación inmediata, incluso de ser necesario la interrupción de las operaciones ferroviarias.

k) La dirección y/o encomienda de investigaciones técnicas sobre materias relativas a la seguridad del transporte ferroviario, la confección de boletines técnicos informativos y el dictado de la normativa general de procedimientos a seguir en caso de accidentes.

l) Cualquier otra que haga al cumplimiento de sus cometidos.

ARTICULO 4° — Para el cumplimiento de sus funciones, la ADMINISTRACION DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS SOCIEDAD DEL ESTADO podrá realizar toda clase de actos de administración y disposición previstos en la legislación civil y comercial.

ARTICULO 5° — En el ejercicio de sus funciones, la ADMINISTRACION DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS SOCIEDAD DEL ESTADO deberá tener en cuenta la garantía del interés público, la satisfacción de las necesidades sociales, la seguridad de los usuarios y la eficacia global del sistema ferroviario. Asimismo, adoptará los procedimientos pertinentes que aseguren la transparencia de su gestión.

ARTICULO 6° — Los recursos de la ADMINISTRACION DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS SOCIEDAD DEL ESTADO estarán integrados por:

a) La percepción de cánones y/o alquileres.

b) Los recursos financieros procedentes de operaciones de endeudamiento, cuyo límite anual será fijado en las respectivas leyes de Presupuesto.

c) Los recursos provenientes del impuesto creado por el artículo 1° de la Ley N° 26.028 para el sistema ferroviario y los que se incluyan en las leyes de Presupuesto.

d) Los legados y donaciones que se concedan a su favor.

e) Los productos, rentas e incrementos de su patrimonio.

f) Los productos y rentas derivados de su participación en otras entidades.

g) Los activos y créditos, saldos a favor provenientes de tributos nacionales, provinciales y municipales, bienes muebles, inmuebles, marcas, registros, patentes y demás bienes inmateriales cuya titularidad ostenta el ESTADO NACIONAL y los que hayan sido cedidos y/o transferidos a los concesionarios y de todos aquellos que se encontraren afectados al uso en sus unidades productivas ferroviarias a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, y que pasarán a formar parte del capital de esta Sociedad del Estado.

h) Cualquier otro recurso que pueda corresponderle por ley o le sea atribuido por convenio o por cualquier otro procedimiento legalmente establecido.

TITULO III TRANSPORTE FERROVIARIO OPERACIÓN ARTICULO 7° — Créase la sociedad OPERADORA FERROVIARIA SOCIEDAD DEL ESTADO con sujeción al régimen establecido por la Ley N° 20.705, disposiciones pertinentes de la Ley N° 19.550 y modificatorias, que le fueren aplicables y a las normas de su Estatuto, la que tendrá a su cargo la prestación de los servicios de transporte ferroviario tanto de cargas como de pasajeros, en todas sus formas, que le sean asignados, incluyendo el mantenimiento del material rodante.

La sociedad OPERADORA FERROVIARIA SOCIEDAD DEL ESTADO podrá desarrollar todas las acciones que resulten necesarias o convenientes para la mejor realización de sus funciones, llevando a cabo los actos de administración o disposición que sean precisos para el cumplimiento de las mismas, incluso mediante la participación en sociedades o empresas, nacionales o extranjeras, con sujeción a lo dispuesto en la legislación vigente.

ARTICULO 8° — La sociedad OPERADORA FERROVIARIA SOCIEDAD DEL ESTADO tendrá las siguientes funciones y competencias:

a) Asumir por sí, por intermedio de terceros o asociada a terceros la prestación de los servicios ferroviarios, de pasajeros o de carga, que se le asignen, los que se encuentren concesionados y que por distintas causales reviertan al ESTADO NACIONAL, así como nuevos servicios que se creen.

b) Administrar los bienes muebles e inmuebles que le sean asignados por la ADMINISTRACION DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS SOCIEDAD DEL ESTADO para la prestación del servicio de transporte ferroviario.

c) Administrar y disponer del material tractivo y remolcado que tenga asignado para su operación ferroviaria.

d) Conformar su estructura organizativa, seleccionar su personal con un criterio de excelencia y capacitar al mismo.

ARTICULO 9° — Los recursos de la sociedad OPERADORA FERROVIARIA SOCIEDAD DEL ESTADO estarán integrados por:

- a) Los ingresos ordinarios y extraordinarios obtenidos con el ejercicio de su actividad.
- b) Los recursos financieros procedentes de operaciones de endeudamiento, cuyo límite anual será fijado en las respectivas leyes de Presupuesto.
- c) Los recursos provenientes del impuesto creado por el artículo 1° de la Ley N° 26.028 para el sistema ferroviario y los que se incluyan en las leyes de Presupuesto.
- d) Los legados y donaciones que se concedan a su favor.
- e) Los productos, rentas e incrementos de su patrimonio.
- f) Los productos y rentas derivados de su participación en otras entidades.
- g) Cualquier otro recurso que pueda corresponderle por ley o le sea atribuido por convenio o por cualquier otro procedimiento legalmente establecido.

TITULO IV DISPOSICIONES COMUNES A AMBAS SOCIEDADES ARTICULO 10. — Las sociedades del Estado creadas por esta ley actuarán en jurisdicción del MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS.

ARTICULO 11. — El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de contrataciones de las sociedades creadas por los artículos 2° y 7° será determinado en sus respectivos Estatutos.

ARTICULO 12. — Las relaciones laborales de la ADMINISTRACION DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS SOCIEDAD DEL ESTADO y de la sociedad OPERADORA FERROVIARIA SOCIEDAD DEL ESTADO se regirán de acuerdo al régimen legal establecido por la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias o la que en el futuro la sustituya.

ARTICULO 13. — Las Sociedades que se crean por esta ley estarán sometidas a los controles interno y externo del sector público nacional en los términos de la Ley N° 24.156. En la gestión de sus asuntos deberán garantizar la transparencia en la toma de decisiones, la efectividad de los controles y promover mecanismos de participación de los diversos sectores de la actividad y de la sociedad.

TITULO V COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS ARTICULO 14. — En virtud de las disposiciones de esta ley, el MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS tendrá asimismo las siguientes competencias en materia de transporte ferroviario:

- a) La planificación estratégica del sector ferroviario, infraestructura y servicios, y su desarrollo.
- b) La ordenación general y regulación del sistema y la elaboración de la normativa necesaria para su correcto desenvolvimiento.
- c) La supervisión de las funciones que desempeñen la ADMINISTRACION DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS SOCIEDAD DEL ESTADO y la sociedad OPERADORA FERROVIARIA SOCIEDAD DEL ESTADO, teniendo en cuenta para ello las previsiones estatutarias en materia de selección e idoneidad profesional de los directores que integrarán el Consejo de Administración de ambas sociedades.
- d) La determinación del régimen de aportes del Estado para la financiación de la ADMINISTRACION DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS SOCIEDAD DEL ESTADO y para la sociedad OPERADORA FERROVIARIA SOCIEDAD DEL ESTADO.
- e) La continuación de los contratos pendientes, los contratos en curso de ejecución y los compromisos contractuales contraídos por el PODER EJECUTIVO NACIONAL en su carácter de concedente existentes a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, pudiendo proponer las modificaciones, respecto de los contratos de concesión del servicio de transporte ferroviario de personas y cargas, sus addendas y la normativa reglamentaria y complementaria, con el objeto de resolver integralmente todas las cuestiones generadas durante la ejecución de los contratos, así como para satisfacer las necesidades de interés público no previstas en la contratación original y que han surgido durante su vigencia.
- f) La aplicación y el cumplimiento de los contratos de concesión de transporte ferroviario metropolitano e interurbano de pasajeros y de cargas de acuerdo a lo establecido en la normativa respectiva.
- g) La habilitación o rehabilitación del establecimiento de líneas, ramales y estaciones en cuanto no afecte a la seguridad ferroviaria.
- h) La autorización correspondiente para el supuesto de disposición de bienes inmuebles ferroviarios.

i) La creación de unidades administrativas por sistemas lineales o regionales con el objeto de asegurar el interés general de los ciudadanos y la participación de las provincias y en el caso del área metropolitana la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el desarrollo de los proyectos ferroviarios, de corto, mediano y largo plazo.

Las unidades administrativas estarán integradas por consejos de gestión en los que participarán las provincias integrantes de la región. La participación de las provincias, en las unidades administrativas, está sujeta al aporte de recursos por parte de las mismas.

El PODER EJECUTIVO NACIONAL ordenará el texto de la Ley de Ministerios en atención a las competencias asignadas.

ARTICULO 15. — A los fines de esta ley el MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS encomendará a la COMISION NACIONAL DE REGULACION DEL TRANSPORTE o al organismo que la reemplace en el futuro, las siguientes funciones:

a) Fiscalizar las actividades de las empresas a cuyo cargo se encuentra la operación de los servicios ferroviarios, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones que surgen de la normativa aplicable, en los siguientes aspectos:

I. La vigilancia y conservación de todos los bienes integrantes de la concesión según los estándares y criterios convenidos.

II. El cumplimiento de los contratos en cuanto a la explotación de los bienes afectados a la concesión.

III. El control de los pagos del canon y alquileres convenidos, en la forma y el plazo contractualmente establecidos.

IV. El control de los servicios prestados por los concesionarios de servicios bajo su jurisdicción a fin de asegurar su ejecución acorde con lo establecido en los contratos de concesión en lo relativo a la cantidad y calidad de la oferta, atendiendo las quejas y reclamos de los usuarios.

V. La verificación de la efectividad de las garantías de cumplimiento de los contratos y la vigencia de las pólizas de seguros establecidas en los contratos de concesión.

b) Fiscalizar con intervención de los organismos que en cada caso correspondan, la adopción por parte de las empresas ferroviarias de las medidas conducentes a la seguridad de los bienes afectados a la prestación de los servicios ferroviarios a fin de garantizar su normal prestación y a la protección de las personas y cosas transportadas.

c) Intervenir en la investigación de los accidentes ferroviarios que por su significación, gravedad o particulares características requieren su directa participación en el análisis y determinación de los hechos y consecuencias. Asimismo, intervendrá en los accidentes ferroviarios y en los ocurridos en los cruces a nivel entre vías férreas y calles o caminos.

d) Requerir información a las empresas ferroviarias y efectuar inspecciones "in situ" para determinar el grado de cumplimiento dado por ella a las normas relativas a la seguridad en la operación, en los materiales de vía, material rodante, estructuras y equipamientos de seguridad incorporados y al mantenimiento de los mismos.

e) Ordenar a las empresas ferroviarias las acciones necesarias para dar cumplimiento a las normas sobre seguridad ferroviaria, cuando se comprueben deficiencias u omisiones en su aplicación.

f) Llamar la atención, apercibir o imponer multas a todo concesionario bajo su jurisdicción que no cumpla con las disposiciones relativas a la seguridad o que no preste la colaboración requerida a una orden de emergencia, de conformidad a un procedimiento que asegure al interesado el debido proceso administrativo.

g) Ordenar a las empresas ferroviarias la inmediata separación del servicio de cualquier empleado, en forma preventiva y temporaria, cuando una inspección a su cargo determine que el mismo no se encuentra en condiciones de prestar el servicio a su cargo en condiciones de seguridad, y exigir en los casos en que el correspondiente sumario determine la peligrosidad de una infracción o la responsabilidad del empleador o su inhabilidad, su separación definitiva del cargo que venía desempeñando y de cualquier otro que guarde relación con la seguridad.

h) Resolver los conflictos que puedan plantearse entre la ADMINISTRACION DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS SOCIEDAD DEL ESTADO, o la sociedad OPERADORA FE-

El decreto n° 752/08 emplazó a dicho Ministerio para que proyecte la totalidad de las normas reglamentarias y disponga las medidas necesarias para implementar las previsiones de la ley 26.352. Además, este decreto aprobó el estatuto de cada una de las dos sociedades del Estado creadas por esa norma legal; en particular, interesa subrayar que el artículo 5° del Estatuto de Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado faculta a ese ente para realizar toda clase de actos jurídicos necesarios para cumplir su objeto social que, como ya se ha dicho, incluye el mantenimiento del material rodante. Se transcriben a continuación los incisos pertinentes de ese artículo, pertinencia dictada por constituir un cúmulo de atribuciones que, en principio, posibilitarían que esta sociedad lleve a cabo contrataciones sobre material rodante ferroviario con arreglo a las disposiciones del Protocolo de Luxemburgo, complementario de la Convención bajo examen:

“ARTICULO 5° — Para el cumplimiento de su objeto social, la Sociedad [Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado] tiene las siguientes atribuciones y obligaciones, que establece la Ley N° 26.352 y su reglamentación, entre ellas:

(...)

5. Ejecutar las políticas públicas de transporte ferroviario, prescriptas en general o en particular por las autoridades competentes, en cuanto formen parte de su objeto social.

(...)

RROVIARIA SOCIEDAD DEL ESTADO y las empresas concesionarias del servicio de transporte ferroviario.

TITULO VI DISPOSICIONES TRANSITORIAS ARTICULO 16. — El PODER EJECUTIVO NACIONAL aprobará los Estatutos Sociales de las sociedades creadas por esta ley, con sujeción a las pautas previstas en esta ley, y realizará todos los actos necesarios para la constitución y puesta en funcionamiento de las mismas, pudiendo delegar expresamente esta facultad en el MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS.

ARTICULO 17. — A los fines de esta ley, el PODER EJECUTIVO NACIONAL podrá realizar las adecuaciones necesarias en las competencias de control y fiscalización del sistema de transporte automotor y ferroviario a cargo de la COMISION NACIONAL DE REGULACION DEL TRANSPORTE o del organismo que en el futuro lo reemplace.

ARTICULO 18. — Los trámites iniciados por cualquier ente público que se encuentra en proceso de transferencia en jurisdicción del ORGANISMO NACIONAL DE ADMINISTRACION DE BIENES continuarán tramitándose en la órbita de la sociedad creada por el artículo 2° de esta ley, debiendo el PODER EJECUTIVO reglamentar un procedimiento abreviado que permita concluir los expedientes ya iniciados a fin de dar cumplimiento al artículo 3° inciso a) de esta ley.

ARTICULO 19. — El PODER EJECUTIVO NACIONAL reglamentará e instrumentará dentro del plazo de CIENTO OCHENTA (180) días la puesta en vigencia de las sociedades creadas por el artículo 2° y artículo 7° de esta ley. Asimismo adecuará las estructuras organizativas de los organismos involucrados en esta ley.

ARTICULO 20. — El Jefe de Gabinete de Ministros efectuará las adecuaciones presupuestarias pertinentes a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto precedentemente.

ARTICULO 21. — Comuníquese al PODER EJECUTIVO NACIONAL.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS VEINTIOCHO DIAS DEL MES DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL OCHO. — REGISTRADO BAJO EL N° 26.352— EDUARDO A. FELLNER. — JULIO CESAR C. COBOS. — Enrique Hidalgo. — Juan H. Estrada.

8. *Adquirir bienes muebles o inmuebles y enajenar los incluidos en su patrimonio, de conformidad a la normativa aplicable.*

9. *Constituir, modificar, transferir o extinguir toda clase de derechos reales, con los límites y alcances de la reglamentación.*

(...)

11. *Realizar operaciones financieras y bancarias con instituciones de crédito oficiales o privados, del país o del exterior, para el cumplimiento del objeto de la Sociedad.*

(...)

13. *Contratar mutuos y préstamos de uso.*

(...)

15. *Adquirir fondos de comercio; registrar patentes y adquirir licencias industriales o comerciales sobre procedimientos técnicos necesarios para el cumplimiento de su objeto societario.*

16. *Hacer pagos, novaciones o transacciones; conceder créditos, quitas o esperas y efectuar donaciones, de conformidad a la reglamentación de la Ley N° 26.352.*

(...)

18. *Estar en juicio como actora, demandada, o en cualquier otro carácter, ante cualquier fuero o jurisdicción, inclusive en el extranjero; y hacer uso de todas las facultades procesales para la mejor defensa de los intereses de la Sociedad.*

La enumeración precedente es sólo enunciativa y no taxativa. La Sociedad podrá realizar, en general, todos los actos jurídicos y operaciones financieras, industriales o comerciales con plena capacidad legal para actuar como persona jurídica de derecho privado, pudiendo realizar toda clase de operaciones cualesquiera sea su carácter legal, incluso de carácter financiero que hagan directa o indirectamente al cumplimiento y logro de su objeto social."¹²⁶

¹²⁶ Texto del decreto 752/08, sin anexos: Bs. As., 6/5/2008 VISTO el Expediente N° S01:0122050/2008 del Registro del MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS, y CONSIDERANDO:

Que la Ley N° 26.352, tiene como objeto el reordenamiento de la actividad ferroviaria, ubicando como pieza clave de toda acción, de los nuevos criterios de gestión y de rentabilidad, la consideración del usuario, conforme a las pautas que se fijan.

Que en dicho marco y fundado en las experiencias internacionales más destacadas para el sector, la ley introduce el concepto de separación horizontal del sistema ferroviario, diferenciando la gestión de la infraestructura ferroviaria de la operación de los servicios de transporte de pasajeros y de cargas.

Que para ello el ESTADO NACIONAL, asume la responsabilidad de generar las condiciones para el establecimiento definitivo del sistema, creando DOS (2) Sociedades del Estado, bajo el régimen de la Ley N° 20.705, disposiciones pertinentes de la Ley N° 19.550 (T.O. 1984) y sus modificatorias y las normas de los estatutos que por el presente se aprueban.

Que por el Artículo 2° de la Ley N° 26.352, se crea la ADMINISTRACION DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS SOCIEDAD DEL ESTADO, la que tendrá a su cargo la administración de la infraestructura ferroviaria actual, la que se construya en el futuro, su mantenimiento y la gestión de los sistemas de control de circulación de trenes.

Que por el Artículo 7° de la citada Ley, se crea la OPERADORA FERROVIARIA SOCIEDAD DEL ESTADO, la que tendrá a su cargo la prestación de los servicios de transporte ferroviario tanto de cargas como de pasajeros, en todas sus formas, que le sean asignados, incluyendo el mantenimiento del material rodante.

Que para la puesta en marcha del sistema y de conformidad a lo prescripto por el Artículo 19 de la Ley N° 26.352, es necesario instruir al MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS para que en el plazo de NOVENTA (90) días hábiles administrativos, proyecte la totalidad de las normas reglamentarias y disponga las medidas que estime necesarias para la implementación de las previsiones establecidas en la Ley N° 26.352 de Reordenamiento de la Actividad Ferroviaria.

Que asimismo es necesario proceder a la pronta constitución de las sociedades precitadas, para lo cual es conveniente aprobar sus respectivos Estatutos.

Que la DIRECCION GENERAL DE ASUNTOS JURIDICOS dependiente de la SUBSECRETARIA LEGAL del MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS ha tomado la intervención de su competencia.

Que la presente medida se dicta en uso de las atribuciones conferidas por el Artículo 99, incisos 1 y 2 de la CONSTITUCION NACIONAL.

Por ello, LA PRESIDENTA DE LA NACION ARGENTINA DECRETA:

Artículo 1° — Instrúyese al MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS, para que en el plazo de NOVENTA (90) días hábiles administrativos, contados a partir de la vigencia del presente, proyecte la totalidad de las normas reglamentarias y disponga las medidas complementarias que estime necesarias para la implementación de las previsiones establecidas en la Ley N° 26.352 de Reordenamiento de la Actividad Ferroviaria.

En tal sentido, corresponde al MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS, para el cumplimiento de los objetivos previstos en la Ley N° 26.352, entre otros, a saber:

- a) Proyectar las normas reglamentarias de la Ley N° 26.352, las que deberán garantizar la efectiva participación de los diferentes actores del sistema.
- b) Reordenar las competencias administrativas de su esfera, de conformidad a las pautas emanadas de la Ley N° 26.352.
- c) Proyectar el reordenamiento administrativo de las competencias de los organismos y entes autárquicos alcanzados por la Ley N° 26.352.
- d) Instrumentar todas las medidas necesarias para garantizar los recursos humanos y económicos, y todas las conducentes para la adecuada gestión de las sociedades creadas por la Ley N° 26.352.

Art. 2° — Apruébase el Estatuto de ADMINISTRACION DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS SOCIEDAD DEL ESTADO que como ANEXO I forma parte integrante de la presente norma.

Art. 3° — Apruébase el Estatuto de OPERADORA FERROVIARIA SOCIEDAD DEL ESTADO, que como ANEXO II forma parte integrante de la presente norma.

Art. 4° — Dispónese la transferencia del personal del ORGANISMO NACIONAL DE ADMINISTRACION DE BIENES (ONAB) necesario para el cumplimiento de los fines asignados a cada una de las sociedades.

Art. 5° — Facúltase al Sr. MINISTRO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS a realizar todos los actos necesarios para la constitución y puesta en funcionamiento de las sociedades creadas por la ley 26.352, en especial la designación de las autoridades del directorio y la aprobación de las estructuras organizativas que a tal efecto elaboren las respectivas sociedades, todo ello de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 16 de dicha norma.

Art. 6° — Instrúyese al ORGANISMO NACIONAL DE ADMINISTRACION DE BIENES (ONAB) para que en el plazo de CIENTO OCHENTA (180) días, contados a partir de la vigencia del presente, entregue al MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS, el respectivo inventario de los bienes que se transfieren a cada una de las sociedades. Cumplido ello, dentro del plazo de TREINTA (30) días hábiles administrativos posteriores, deberá darse intervención a la ESCRIBANIA GENERAL DEL GOBIERNO DE LA NACION quien

7.4.3. Dentro de este contexto internacional y nacional sucintamente referido, en el seno de la Conferencia Diplomática llevada a cabo en Luxemburgo en Febrero de 2007, patrocinada conjuntamente por UNIDROIT y la OTIF y que contó con la asistencia de cuarenta y dos Estados y doce organizaciones internacionales, se adoptó el Protocolo de Luxemburgo sobre la Convención de Ciudad del Cabo relativa a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil, creando un nuevo marco jurídico a nivel mundial para el reconocimiento y la regulación de los derechos reales de garantía de los prestamistas, arrendadores y proveedores que vendan equipos con reserva de dominio, en los cuales cada uno de ellos están garantizados por el material rodante ferroviario.

El Protocolo es aplicable a todo tipo de material rodante (desde trenes de alta velocidad hasta tranvías) y crea un sistema internacional de registro y de prioridades para los acreedores con garantías reales mediante un registro internacional de base electrónica, accesible las veinticuatro horas del día durante los siete días de la semana a través de Internet, permitiéndole a dichas partes registrar sus derechos reales y facilitando a posibles acreedores verificar cualquier pretensión o derecho que rivalicen con los derechos reales que se crearían para gravar un equipo que se va a financiar.

El Protocolo también crea un sistema común de recuperación de la posesión del activo en los casos de no pago o insolvencia del deudor, el cual se sujeta a las salvaguardias inspiradas en el orden público.

Aunque el Protocolo ha de ser particularmente útil con respecto a equipos que atraviesen fronteras, evitando las dificultades actuales que se presentan por el conflicto de las leyes que regulan derechos reales de garantía en los diferentes países, las cuales pueden ser objeto de rechazo por los tribunales de otras jurisdicciones, éste también provee apoyo a la financiación dentro del país, o negociaciones domésticas.

deberá realizar las tareas necesarias para el perfeccionamiento de la transferencia del dominio de los bienes involucrados.

Art. 7° — Los entes y organismos comprendidos por la Ley N° 26.352, mantendrán las responsabilidades, competencias y funciones asignadas por el marco legal vigente, hasta el cumplimiento de la instrucción establecida en el artículo 1° del presente decreto.

Art. 8° — Los organismos y reparticiones de la administración centralizada o descentralizada, deberán instruir a sus dependencias a fin de satisfacer en forma segura, confiable y rápida, la remisión de la información que fuera requerida por las sociedades creadas por la Ley N° 26.352.

Art. 9° — Delégase en el MINISTRO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS la representación del PODER EJECUTIVO NACIONAL en las asambleas ordinarias y extraordinarias de ADMINISTRACION DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS SOCIEDAD DEL ESTADO y de OPERADORA FERROVIARIA SOCIEDAD DEL ESTADO.

Art. 10. — A los fines de la puesta en marcha de las mencionadas sociedades, se establece un aporte inicial para cada una de ellas, de PESOS CINCO MILLONES (\$ 5.000.000). El MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS, gestionará los fondos a aplicar de conformidad a lo prescripto por el Artículo 20 de la Ley N° 26.352.

Art. 11. — Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese. — FERNANDEZ DE KIRCHNER. — Alberto A. Fernández. — Julio M. De Vido.

Al reducirse el riesgo para los financiadores de equipo ferroviario, se estima que se han de producir los siguientes resultados: atracción de mayor número de prestamistas del sector privado al mercado, lo cual desemboca en la obtención de financiación más barata para aquellos operadores privados que no cuentan con garantía del estado soberano, en la medida que los riesgos de los financistas del sector privado disminuyen y mayor número de fuentes de financiación ingresan al mercado ofreciéndole más opciones a los operadores con respecto a costos y modalidades de financiación; facilitación del acceso al crédito a clientes que, hasta la fecha, debido a su bajo perfil crediticio y/o la falta de infraestructura jurídica, no acceden a financiación bancaria; estimulación de la inversión de capital, lo que a su turno promoverá la expansión de las instalaciones de quienes fabrican o reparan material rodante; facilitación de los arrendamientos operativos de corto plazo sobre material rodante, no solamente entre operadores ferroviarios y entidades financieras, sino también entre los mismos operadores ferroviarios, asegurando el uso mayor y más eficiente del material rodante.

Con todo ello se reducen las barreras de entrada a la industria por parte de operadores ferroviarios del sector privado, haciendo de este modo que los operadores actuales sean más eficientes y competitivos y se reduzca la dependencia de los operadores privados de financiación estatal, a su turno generando una industria más dinámica. Los gobiernos pueden así concentrar sus limitados recursos en financiar la infraestructura en lugar de financiar el material rodante.

7.5. EL PROTOCOLO PARA OBJETOS ESPACIALES.¹²⁷

7.5.1. ANÁLISIS

El Protocolo adicional concerniente a los objetos espaciales ofrece particulares dificultades. Como ha quedado dicho, la idea básica del Convenio es la de que los derechos de los inversores sean protegidos mediante la transferencia de los derechos de los propietarios y explotadores de los objetos cuando estos no puedan hacer frente a sus obligaciones, y que esa transferencia pueda tener lugar incluso en virtud de una decisión judicial dictada en un tercer país, es decir, ajeno al nacional de los inversores y al de los propietarios del objeto. En otras palabras, que entidades nacionales del país A puedan obtener derechos que pertenecían a entidades de un país B en virtud de una decisión de un juez de un país C.

Las consecuencias de estas transmisiones pueden tener un gran alcance, ante todo y en primer lugar, por la responsabilidad del Estado de lanzamiento (país B) que podría llegar a responder por daños causados por objetos espaciales utilizados y explotados comercialmente por entidades pertenecientes a terceros Estados.

Pero además de ello, la protección de los inversores se produce mediante la transferencia de los derechos sobre el objeto situado en el espacio ultraterrestre, que se encuentra en órbita y permanecerá en ella durante un extenso período de tiempo.

¹²⁷ Se ha agregado como DOCUMENTO ANEXO de esta investigación el texto completo en español del anteproyecto de protocolo espacial, que aún no ha sido concluido y continúa en elaboración y examen en Unidroit y la ONU.

Sólo se pueden transmitir los derechos vinculados con el objeto, y en relación a ellos cabe distinguir entre dos clases de derechos: por un lado, los derechos contractuales que vinculan a la entidad propietaria del objeto con las que reciben sus servicios (telecomunicaciones, observación de la Tierra, meteorología, etc.), y por el otro, los derechos realmente vinculados a la utilización del objeto, esencialmente concesiones administrativas y licencias relativas a la utilización del espacio radioeléctrico o, en el caso de los satélites geoestacionarios, la ocupación de un spot (posición orbital) concedida en virtud de decisiones de la Unión Internacional de Comunicaciones y todas ellas esenciales para el funcionamiento, el mantenimiento de su posición orbital y la transmisión de todas las informaciones provenientes del objeto. La dificultad principal estriba en que tales concesiones y licencias son adjudicadas a la entidad propietaria inicial del objeto y no parece posible que sean transmitidas a terceros sin conocimiento y autorización del Estado que las concedió; el problema se acentúa si se considera que en muchos casos los objetos espaciales, aunque sean de propiedad privada, son utilizados para la prestación de servicios públicos e incluso contienen transpondedores u otros elementos que son utilizados por servicios oficiales de comunicación y, más importante aún, por los departamentos de Defensa. No debe olvidarse, por otra parte, que las posiciones orbitales en ningún caso son propiedad del Estado sino que éste obtiene la asignación temporal dada por la UIT y, a su vez, otorga las licencias de uso de las frecuencias radioeléctricas dentro de las zonas del espectro concedidas por dicha organización.

Más allá de las dificultades reseñadas, corresponde considerar lo siguiente con relación al tema bajo examen:

A) La “propiedad espacial” se define en el art. 1.2.g del proyecto de Protocolo como:

- “Todo bien identificable que se proyecta lanzar y ubicar en el espacio o que está en el espacio;
- todo bien identificable armado o fabricado en el espacio;
- todo vehículo de lanzamiento, ya sea consumible o ya sea que pueda ser reutilizado para transportar personas o cosas hacia y desde el espacio; y
- todo componente identificable en forma separada que forme parte de un bien a los que se refieren los párrafos precedentes, o esté unido o contenido dentro de tal bien.

Tal como está usado en esta definición, el término “espacio” significa espacio ultraterrestre, incluyendo la Luna y otros cuerpos celestes.”

También se definen en el Protocolo los “derechos relativos” a la fabricación, lanzamiento, control, uso u operación de un bien espacial, con relación al uso de posiciones orbitales y la transmisión, emisión o recepción de señales electromagnéticas hacia y desde un bien espacial (1.2.f).

B) Se discute en las reuniones de Unidroit acerca de la falta de coincidencia entre “el Estado de ubicación del deudor” (art. 4 de la Convención) y el “Estado de registro del objeto espacial” según el Tratado del Espacio (art. VIII) y el Convenio sobre Registro -a los efectos de atribuir responsabilidad internacional, no de constituir derechos reales de garantía- y sobre la contradicción que ello produce en orden

a la disposición citada en último término, por la cual un Estado retiene jurisdicción sobre un objeto (registrado en un determinado Estado) y lanzado al espacio, y sobre el personal que se encuentre en él o en un cuerpo celeste. El proyecto de Protocolo establece, no obstante, que él no afecta los derechos y obligaciones adquiridos por los Estados Parte por los tratados de derecho espacial de la ONU o de la UIT (art. 21 bis).

C) En materia espacial, el ejercicio de los derechos del acreedor garantizado encuentra al menos tres límites:

- la no alteración del orden público, ya que la interrupción de las prestaciones básicas que constituyen la provisión del servicio público indispensable que prestan los satélites -por ejemplo, en el caso de las telecomunicaciones- perjudicaría a toda la sociedad;
- el previo consentimiento de otros titulares de créditos con mayores privilegios;
- la notificación fehaciente con 10 días de anticipación a otros titulares de créditos sobre el deudor.

El Protocolo establece que los remedios en él previstos deben ser ejercidos de un modo comercialmente razonable. En cuanto hace al concepto de servicio público, doctrina reciente tiene dicho que *“servicio público es un instrumento o técnica de intervención estatal, no equiparable plenamente a la función administrativa, cuya utilización sólo procede respecto de una determinada actividad económica referida o prestada en condiciones de mercado”*.¹²⁸

D) Las soluciones del Protocolo contemplan la imposibilidad -derivada de la naturaleza de estos artefactos espaciales- de proceder a su reposición física una vez puestos en órbita, y aún la posibilidad de que sean fabricados directamente en el espacio. No obstante, también se prevé que su eventual “retorno”, involuntario o no, no hace caer las garantías constituidas (art. 3 bis).

La “reposición positiva o constructiva” consiste en acceder a los objetos conexos al bien y que permiten su control: localizadores, comandos, antenas, códigos de acceso al equipo, etc. Otra opción es acceder a las licencias o derechos intangibles que constituyen los frutos del bien.

También se prevé la posibilidad de que una empresa que ha recibido derechos (concesiones, licencias, etc.) otorgados por el Estado contratante, los pueda transmitir a otra empresa sin una nueva intervención estatal.

E) Otras cuestiones a tener en cuenta:

I.- Relación entre el Registro Internacional previsto en el Convenio, el registro de objetos lanzados que el Tratado del Espacio encarga al Secretario General de la ONU, y los registros nacionales de objetos espaciales, como el creado en Argentina en el ámbito de la CONAE. Compatibilidades entre ellos, ámbito de actuación de cada uno, etc.

II.- Autoridad de Supervisión y Registro Internacional. Elección de organismos idóneos para llevar adelante la tarea.

¹²⁸ CORVALÁN, Juan G., *“La definición de servicio público”*, en La Ley, Bs. As., viernes 2 de noviembre de 2007, págs. 1-4 (Tomo 2007-F).

III.- Compatibilidad entre la Convención en general y los regímenes nacionales materia de concursos y quiebras (en la República Argentina, ley 24.522 y sus modificatorias).

7.5.2. El asunto es objeto de estudio, asimismo, en la Subcomisión de Asuntos Jurídicos de la Comisión para el Uso Pacífico del Espacio Ultraterrestre (CO-PUOS), organismo integrante del sistema de Naciones Unidas.

Allí se han examinado dos subtemas: por un lado, la posibilidad de que las Naciones Unidas actúen como autoridad supervisora con arreglo al anteproyecto de protocolo; por otro, las consideraciones relativas a la relación de los términos del anteproyecto de protocolo y los derechos y obligaciones de los Estados en el régimen jurídico aplicable al espacio ultraterrestre. En ese contexto, algunas delegaciones expresaron que si las Naciones Unidas asumieran las funciones de autoridad supervisora ello realizaría la responsabilidad primordial de la organización en materia de cooperación internacional en la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos. También se dijo que las Naciones Unidas eran, en principio, la organización más apropiada para ejercer las funciones de autoridad supervisora y de que mediante el ejercicio de esas funciones por las Naciones Unidas contribuiría a la cooperación internacional en la resolución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, en consonancia con la Carta de la organización. No obstante, se opinó asimismo que, aunque podía considerarse la posibilidad de que las Naciones Unidas actuaran como la autoridad supervisora, debían estudiarse otras opciones, como el establecimiento por la conferencia de los Estados partes en el Convenio y en el futuro protocolo sobre los bienes espaciales de un mecanismo para designar una autoridad supervisora compuesta de Estados partes en el Convenio, una vez que éste entrara en vigor. Asimismo, que las funciones de la autoridad supervisora podían ser desempeñadas por un organismo especializado del sistema de las Naciones Unidas, como la UIT (Unión Internacional de Telecomunicaciones).

En otro orden, se expresó en la Subcomisión que el mantenimiento del registro internacional podía confiarse al propio *Unidroit*, a otra organización intergubernamental o a un órgano especialmente creado con ese fin. Se aclaró que las funciones de la autoridad supervisora no eran simplemente de carácter administrativo sino también legislativo y cuasijudicial. En suma, tendría que examinarse debidamente el asunto antes de poder tomar una decisión sobre si las Naciones Unidas podían asumir las funciones de autoridad supervisora con arreglo al futuro protocolo.

Algunas delegaciones expresaron la opinión de que ni el Convenio ni el futuro protocolo debían socavar ni comprometer los principios y normas existentes del derecho espacial internacional y de que, en caso de conflicto, debían prevalecer los principios y normas vigentes. Se dijo que era necesario armonizar algunas disposiciones del anteproyecto de protocolo con los tratados de Naciones Unidas sobre el espacio ultraterrestre, a fin de evitar cualquier posible conflicto entre el protocolo y las disposiciones de esos tratados. Aunque el anteproyecto de protocolo trataba detenidamente de los derechos e intereses del financiador en caso de impago del deudor, no ocurría así con las cuestiones relativas a las obligaciones del acreedor y

del Estado a que perteneciera el financiador, en particular con respecto a las obligaciones de los Estados de conformidad con los artículos VI (responsabilidad internacional) y VII (Estado de lanzamiento) del Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre y con el párrafo 1 del artículo II del Convenio sobre Registro (de objetos lanzados al espacio ultraterrestre).

Sigue a estudio, pues, el anteproyecto de protocolo al Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil espacial, a fin de determinar la compatibilidad entre el Convenio sobre registro y las disposiciones sobre garantías reales y de aclarar las cuestiones relativas a la transferencia de bienes espaciales. Para algunas delegaciones es esencial hacer hincapié en el futuro protocolo sobre la naturaleza pública de los servicios que realizan los satélites, especialmente en los países en desarrollo, y que deben establecerse garantías para proteger los intereses nacionales vitales de esos Estados en caso de impago de un préstamo o de transferencia de la propiedad de un satélite. Esta transferencia podría plantear cuestiones de seguridad nacional. Como los corredores orbitales y las bandas del espectro de frecuencias se conceden a los Estados de conformidad con las normas establecidas de la UIT, se planteaba la cuestión de si, en caso de impago y de que el financiador se hiciera cargo del control del bien espacial, sería posible que utilizar esos corredores orbitales y la banda del espectro de frecuencias, dado que seguirían siendo propiedad del Estado al que perteneciera el moroso.¹²⁹

La siguiente reunión internacional prevista por Unidroit para avanzar en la elaboración y firma del Protocolo Espacial a la Convención, se llevará a cabo en la ciudad de Roma entre el 3 y el 7 de mayo de 2010.

7.6. VIGENCIA

7.6.1. ESTADO DE LAS RATIFICACIONES

La Convención se firmó el 16 de noviembre de 2001 y, de acuerdo con las condiciones previstas en su artículo 49 (1), entró en vigor el 1º de marzo de 2006; cuenta hoy con treinta y cuatro (34) Estados Partes.¹³⁰

En las mismas fechas se firmó y entró en vigencia el denominado Protocolo Aeronáutico, que hoy tiene treinta (30) Estados Partes.¹³¹

El Protocolo Ferroviario conocido como Protocolo de Luxemburgo, en cambio, se adoptó el 23 de febrero de 2007 y todavía no ha entrado en vigor.¹³²

¹²⁹ Documento A/AC.105/826, punto VII, ONU.

¹³⁰ Se acompaña como DOCUMENTO ANEXO el estado de las ratificaciones publicado en la página web oficial www.unidroit.org.

¹³¹ Íd. nota anterior.

¹³² Íd. nota anterior.

En cuanto al Protocolo Espacial, se encuentra aún en estado de elaboración y, como se ha dicho en un punto anterior, la próxima reunión de trabajo se desarrollará entre el 3 y el 7 de mayo de 2010.

7.7. CGIBEM Y EL DERECHO NACIONAL

7.7.1. LA CONVENCION Y SUS PROTOCOLOS

La Convención y sus Protocolos constituyen una innovación radical en la regulación internacional de las garantías sobre bienes muebles de altísimo valor. La mayor preocupación es la percepción de que la ratificación de estos instrumentos podría equivaler a la incorporación de garantías no reconocidas previamente por un Estado. Esto significaría un cambio en la estructura jurídica del país, creando figuras legales novedosas que requerirían la adaptación de nuevos conceptos e ideas. Es por eso que la atención sobre la convención y protocolos ha comenzado a provocar estudios extensos, a la luz de constituciones, códigos civiles y comerciales y legislación del transporte.

A título de ejemplo puede mencionarse el caso de Australia, país que ha señalado que la Convención suscitó una serie de problemas conceptuales con respecto a la legislación doméstica australiana, especialmente en relación a la interacción entre los sistemas domésticos de registro de garantías y el propuesto sistema de registro internacional. Este país también cuestionó la posibilidad prevista en la Convención en cuanto a la adopción de medidas provisionales a favor del acreedor en caso de incumplimiento del deudor, medidas que pueden llegar a la venta o arrendamiento del equipo en cuestión, y sostuvo que esta clase de medidas deben ser adoptadas por el tribunal que conoce en la causa o por el ente administrativo respectivo, siempre que ellos puedan, además, pedir otros elementos de prueba más allá de la *prima facie* ofrecida por el acreedor.

En sentido similar, Suiza señaló la necesidad de establecer claramente cuál sería la relación entre el registro nacional y el registro internacional propuesto, enfatizando que es necesario establecer un lazo confiable entre ambos registros para evitar que una misma aeronave, por ejemplo, sea objeto de dos garantías distintas según el registro en el cual esté registrada.

Por su parte, Brasil ha expresado que le llaman la atención dos características sobresalientes de la Convención como lo son, en primer término, la visible influencia del derecho anglosajón en todas sus disposiciones, influencia que podría desalentar su adopción por parte de países de arraigada tradición en el derecho romano. En segundo lugar, destacó el énfasis que se le da en la Convención al apoyo ofrecido al acreedor financiero, en desmedro de la aplicación de la legislación y tribunales nacionales. No obstante, señaló asimismo el beneficio que reportaría la eventual reducción de costos en el financiamiento de equipos móviles y mejores condiciones de acceso al financiamiento internacional.

Para la doctrina alemana, cuya legislación se basa al igual que Brasil y Argentina en el sistema de derecho civil romano, algunas reglas de la Convención fueron diseñadas para acomodar nociones angloamericanas más liberales sobre garan-

tía y recursos o acciones, sin tomar en cuenta la posición más conservadora adoptada por la mayoría de las jurisdicciones de derecho civil¹³³. Sobre esa base, se estima improbable que la ratificación de los instrumentos internacionales examinados derive –al menos en un principio– en la disminución de los costos de financiamiento de los equipos móviles, pues el nuevo régimen tiende a crear nuevas problemáticas legales e invita a negociaciones entre las partes involucradas, algo que no es común en el sistema jurídico actual de países con tradición civilista romana donde, por otra parte, el ámbito legal actual no impone una prima sobre las tasas de préstamo en función de los posibles obstáculos legales que se pudieran anticipar.

Un tema conexo y no menos importante lo constituye la relación que existe entre las disposiciones de la Convención y los Protocolos y las leyes nacionales sobre procedimientos de insolvencia. Así por ejemplo, en el seno de la Unión Europea han sido varios los intentos de establecer una normativa comunitaria que vinculara a todos los Estados miembros y que hiciera posible el tratamiento universal de las situaciones de insolvencia en las que se vieran involucrados varios países comunitarios. Sin embargo, el excesivo celo nacionalista de algunos países a la hora de proteger el crédito nacional impidió, sucesivamente, que dichos intentos llegaran a convertirse en textos normativos vinculantes ya que el instrumento que se propuso era el de la firma de convenios multilaterales y dichos países se negaron a firmarlos. Finalmente, el reglamento Comunitario 1346/2000, adoptado por el Consejo el 29 de mayo, sobre Procedimientos de Insolvencia, de aplicación directa en todos los países miembros de la Unión Europea con excepción de Dinamarca, hizo posible este largo deseo de política legislativa a partir del 31 de mayo de 2002, fecha de su entrada en vigor. No obstante, el sistema diseñado no apuesta por una aplicación rígida de la universalidad de los procedimientos de insolvencia sino que, consciente de las dificultades reales de la aplicación absoluta de este principio, ha optado por el reconocimiento de procesos concursales secundarios en diversos territorios junto a un procedimiento principal. En rigor, el contenido del Reglamento se limita a tres cuestiones: 1) fijar la competencia internacional conforme a la que se designe al Estado miembro contratante cuyos tribunales pueden abrir un procedimiento de insolvencia así como la legislación aplicable, 2) establecer las disposiciones que regulan el reconocimiento del procedimiento de insolvencia y, en particular, la atribución a los órganos concursales de las facultades necesarias para actuar sobre los bienes situados en otros Estados y 3) establecer las normas que articulan la relación jurídico-procesal entre el procedimiento principal y el procedimiento secundario o los procedimientos secundarios, en su caso.¹³⁴

Iniciativas de esta naturaleza serán pioneras, seguramente, para los futuros desarrollos que se realicen cuando estos hoy aún novedosos instrumentos de derecho internacional, lleguen a tener una aplicación masiva y global. Actualmente, en

¹³³ SCHMALENBACH, Dirk, “La visión de un abogado alemán del borrador preliminar de Protocolo de Aeronaves: algunos comentarios preliminares”, presentado en el Instituto de Investigaciones Estratégicas, Ediciones Corrientes en la ley del FFA Registro de Aeronaves, Gravamen e Intereses de Garantía, Nueva York, febrero de 1999, citado por Harper, George, op.cit.

¹³⁴ GONZÁLEZ LECUONA, María Marcos, “El procedimiento europeo de insolvencia”, en El-Dial.com, suplemento de derecho privado, 23-5-2008.

la comunidad internacional el conflicto axiológico se agudiza al ponderar el efecto que, fuera de las fronteras, se le asigna a la apertura de un concurso (preventivo o liquidativo). Tales efectos se proyectan subjetivamente (en la persona del mismo deudor y en la de los acreedores: “pluralidad de masas”) y objetivamente (en el patrimonio con asiento en distintos Estados). La comunidad internacional puede asumir la desgracia del deudor y compartirla, o calificar a aquélla como un fenómeno doméstico sin trascendencia más allá del Estado en el cual se ha producido la apertura del procedimiento concursal. La unidad de la persona y su patrimonio se limitan o, sencillamente, se desconocen frente a una manifestación de insolvencia, poniendo en crisis los conceptos de unidad subjetiva y patrimonial y de esta manera, el deudor podrá ser rico o pobre y disponer o no de sus bienes según la frontera desde la cual se lo observe. Entre estos extremos existen, obviamente, posiciones graduales que dependerán de la vocación mercantilista o universalista de los Estados.¹³⁵

Otro tema a considerar sería la denominada excepción de arraigo, instituto que se encuentra en profunda crisis en la legislación y jurisprudencia argentina actual, consistente en un anticipo provisorio de la garantía jurisdiccional respecto al pago de las expensas judiciales. Constituye la carga exigible al actor que se encuentra en determinadas circunstancias, de prestar una caución destinada a garantizar el pago de los gastos del proceso frente a la eventualidad de resultar vencido. En el marco del auxilio judicial internacional, la República Argentina ha suscripto una serie de convenios internacionales que aseguran una igualdad de trato procesal, y conducen a la inoponibilidad del arraigo respecto de los nacionales, domiciliados o residentes de aquellos países también signatarios de dichos tratados. En síntesis, el principio general es la procedencia de la excepción de arraigo regulado por los distintos códigos procesales, salvo cuando la República Argentina hubiere suscripto un tratado internacional que prohibiere cauciones o depósitos. Este es el criterio adoptado por los tribunales nacionales y la propia Corte Suprema que sostiene con suma claridad que “... fuera del ámbito convencional sigue siendo exigible la caución en concepto de arraigo conforme lo regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación” (“Plenkovich, Liliana Esther c/ Salvia, Mercedes y otros”, en Fallos 324:1107).¹³⁶

¹³⁵ MENICOCCI, Alejandro A., “Los contratos internacionales ante el concurso local”, en La Ley, Bs. As., jueves 8 de noviembre de 2007, págs. 1-3 (Tomo 2007-F).

¹³⁶ SAVASTANO, Germán, “La excepción de arraigo”, en La Ley, Bs. As., viernes 19 de octubre de 2007, págs. 1-4 (Tomo 2007-F).

CAPITULO 8

LA LEY MODELO DE UNCITRAL SOBRE INSOLVENCIA TRANSNACIONAL¹³⁷

8.1. ANTECEDENTES¹³⁸

La Ley Modelo tomó en consideración los resultados de otros trabajos internacionales:

- Convenio de la Unión Europea relativo al procedimiento de insolvencia;
- Convenio europeo sobre ciertos aspectos internacionales de la quiebra (1990);
- Tratados de Derecho Internacional Privado Comercial (Montevideo 1889 y 1940);
- Convención sobre la quiebra de los Estados Nórdicos (1933);
- Convención de Derecho Internacional Privado de 1928 (Código Bustamante).

También se han considerado las propuestas de organizaciones no gubernamentales:

- La *Model International Insolvency Cooperation Act* (MIICA);
- El *Cross – Border Insolvency Concordat* (instrumento preparado por el Comité J de la Sección de Derecho Empresarial de la asociación Internacional de Abogados.

8.2. CONSIDERACIONES GENERALES

En 1997 la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, más conocida por sus siglas en inglés, UNCITRAL) aprobó la ley modelo sobre insolvencia transfronteriza.

¹³⁷ La Ley Modelo de CNUDMI (UNCITRAL) sobre la insolvencia transfronteriza Y la Guía se acompaña en Anexo.

¹³⁸ El primer informe del Coloquio CNUDMI-INSOL sobre la insolvencia transfronteriza, que se celebró en Viena del 17 al 19 de abril de 1994 (para el informe del Coloquio, véase *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Volumen XXV: 1994* (publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta: S.95.V.20), documento A/CN.9/398; para las actas del Coloquio, véase *International Insolvency Review, Special Conference Issue*, vol. 4, 1995; y para las consideraciones de la Comisión relativas al Coloquio, véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/49/17)*, párrs. 215-222). El segundo fue el Coloquio judicial CNUDMI-INSOL sobre insolvencia transfronteriza que se celebró en Toronto los días 22 y 23 de marzo de 1995 con la finalidad de recabar el parecer de los jueces sobre esta materia (para el informe del Coloquio Judicial véase *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Volumen XXVI: 1995* (publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.96.V.8), documento A/CN.9/413; y para las observaciones de la Comisión relativas al Coloquio judicial: véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/50/17)*, párrs. 382 a 393).

A diferencia del reglamento sobre procedimientos de insolvencia de la Unión Europea (UE), la Ley Modelo no contiene normas indicando la aplicación de una determinada ley ante un caso con elementos extranjeros, no reemplazando por ello las normas de derecho internacional privado internas de cada país.

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

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

Se identifica el ámbito de aplicación, el acceso de los acreedores extranjeros, la cooperación entre tribunales y representantes y el procedimiento en general. (...)

La Ley Modelo consta de treinta y dos artículos divididos en cinco capítulos.

El *capítulo primero* (arts. 1 a 8) incorpora las disposiciones generales (ámbito de aplicación, definiciones, principios de interpretación, entre otros).

El *capítulo segundo* (arts. 9 a 12) refiere al acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del Estado donde tramita el proceso concursal, otorgándose legitimación al representante extranjero para comparecer directamente ante un tribunal del Estado adoptante de la Ley Modelo⁵⁰ y para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia de conformidad con el derecho interno.

Se establece que los acreedores extranjeros gozarán de los mismos derechos que los acreedores nacionales para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia y que no tendrán un rango menor al de los acreedores quirografarios.

El *capítulo tercero* (arts. 15 a 24) se ocupa del reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia y de las medidas otorgables en el país. Dichas normas otorgan legitimación al representante extranjero para solicitar ante el tribunal el reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia⁵³, disponiendo que, a partir de dicha solicitud de reconocimiento y como medida provisional, el tribunal podrá suspender las medidas de ejecución sobre los bienes del deudor.

Asimismo, se prevé que el reconocimiento del procedimiento extranjero puede tener lugar como procedimiento extranjero *principal* o como procedimiento extranjero *no principal*. En caso de que el deudor tenga el “*centro de sus principales intereses*” en el territorio del Estado del foro extranjero, el procedimiento se reconocerá como procedimiento extranjero *principal*; caso contrario (si tiene sólo actividad o algún establecimiento), se reconocerá como procedimiento extranjero *no principal*. Luego del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, la paralización de medidas de ejecución de bienes del deudor quedarán firmes y se podrán ordenar otras medidas a solicitud del representante extranjero (entre otras, la

suspensión de los derechos de transmitir o gravar bienes del deudor; encomendar al representante legal extranjero la administración o realización de los bienes del deudor, disponer el examen de testigos, la producción de pruebas, etc.).

En el *capítulo cuarto* (arts. 25 al 27) se regulan las cuestiones de cooperación entre los tribunales y representantes extranjeros. Estas normas establecen el deber del tribunal de cooperar en la medida de lo posible con los tribunales extranjeros o los representantes extranjeros, ya sea directamente o mediante el síndico. Asimismo se prevé que la forma de coordinación entre los procedimientos podrá realizarse por cualquier medio que el tribunal considere apropiado (por ejemplo, la aprobación por el tribunal de acuerdos relativos a la coordinación de procedimientos con el tribunal extranjero).

El *capítulo quinto* (arts. 28 a 32) incorpora disposiciones especiales para coordinar ciertos efectos conflictivos que pueden darse entre procedimientos paralelos de insolvencia de un mismo sujeto⁵⁹. Asimismo, se establece 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 un procedimiento local de insolvencia.

Finalmente, se prevé que en caso de cobro parcial respecto de un crédito seguido en un procedimiento extranjero, no se percibirán nuevos cobros por el mismo crédito en el procedimiento local hasta tanto los restantes acreedores no perciban un dividendo idéntico al percibido por dicho acreedor.

A la fecha, la Ley Modelo ha sido sancionada por México, Japón, Sudáfrica, Rumania, Polonia, Montenegro, Eritrea y el Reino Unido. En los Estados Unidos de América, existen proyectos legislativos que prevén la incorporación de la Ley Modelo, con algunas modificaciones, como el nuevo *Chapter 15 del Bankruptcy Code*.

En la Argentina en el año 2002 se conoció un anteproyecto de reformas que preveía la incorporación de la Ley Modelo a la legislación argentina que fue presentado como proyecto a la Cámara de Diputados de la Nación.

La Ley Modelo sobre Insolvencia Transnacional de CNUDMI (UNCITRAL en su sigla en inglés) aprobada en 1997 tiene por objeto ayudar a los Estados a dotar a su derecho de la insolvencia con una normativa, equitativa y armonizada para resolver con mayor eficacia los casos de insolvencia transfronteriza, es decir, los casos en que el deudor tiene bienes en más de un Estado o en los que algunos de los acreedores del deudor no son del Estado en el que se ha abierto el procedimiento de insolvencia.

La negociación definitiva del proyecto se hizo en el trigésimo período de sesiones de la comisión (Viena, 12 al 30 de mayo de 1997) al final de la cual la Comisión aprobó la Ley Modelo por consenso el 30 de mayo de 1997.

Por ello, en aras de la armonización y certidumbre se recomienda a los Estados que al incorporar la Ley Modelo, introduzcan el menor número posible de cambios en su texto uniforme al incorporarlo a su derecho interno.

8.3. LA LABOR PREPARATORIA Y LA ADOPCION DE LA LEY MODELO

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, denominada en adelante "la Comisión") inició este proyecto con la estrecha colaboración de la Asociación Internacional de Profesionales de la Insolvencia (INSOL), que le prestó su asesoramiento pericial en todas las etapas de la labor preparatoria. Recibió asimismo asistencia, para la formulación del texto de la Ley, del Comité J (Insolvencia) de la Sección de Derecho Empresarial de la Asociación Internacional de Abogados.

Antes de que decidiera emprender su labor sobre la insolvencia transfronteriza, la Comisión organizó con INSOL dos coloquios internacionales para profesionales de la insolvencia, jueces, cargos públicos y representantes de otros sectores interesados. Se sugirió, a raíz de esos coloquios, que la labor de la Comisión se ciera a la finalidad restringida pero valiosa de facilitar la cooperación judicial, el acceso de los administradores de la insolvencia extranjeros a los tribunales y el reconocimiento de los procedimientos de insolvencia extranjeros.

Al decidir en 1995 que se elabore un instrumento jurídico relativo a la insolvencia transfronteriza, la Comisión encomendó esta tarea al Grupo de Trabajo sobre el régimen de la insolvencia, uno de los tres órganos subsidiarios de la Comisión. El Grupo de Trabajo dedicó cuatro períodos de sesiones, de dos semanas cada uno, a su labor sobre este proyecto.

En marzo de 1997, se celebró otra reunión internacional de profesionales para examinar el proyecto de texto preparado por el Grupo de Trabajo. Los participantes (en su mayoría jueces y otros cargos públicos o judiciales) fueron en general del parecer que, de ser promulgado, el régimen modelo aportaría una notable mejora al tratamiento de los casos de insolvencia transfronteriza.

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

8.4. FINALIDAD DE LA GUÍA

La Comisión estimó que la Ley Modelo resultaría más eficaz para el legislador, si se complementaba su texto con información general y explicativa. Esa información iría destinada en primer lugar a los ramos del ejecutivo y del legislativo encargados de revisar las leyes pertinentes, pero facilitaría además la consulta del texto legal por jueces, profesionales y personal académico. Estimó asimismo que esa información ayudaría a identificar las disposiciones que, llegado el caso, con vendría adaptar a la situación interna del Estado interesado.

La presente Guía, que ha sido preparada por la Secretaría a raíz de la solicitud formulada por la Comisión al final de su trigésimo período de sesiones en 1997, está basada en las deliberaciones y decisiones del período de sesiones en el que la

Comisión aprobó la Ley Modelo, así como en las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el régimen de la insolvencia, que se encargó de la labor preparatoria.

La Guía expresa que: la Ley Modelo respeta las diferencias que se dan de un derecho procesal interno a otro y no intenta unificar el derecho sustantivo de la insolvencia, pero su régimen sí ofrece soluciones que pueden ser útiles por razones que no por modestas dejan de ser significativas, entre las que cabe citar las siguientes:

- a) Dar acceso a la persona que administra un procedimiento de insolvencia extranjero ("representante extranjero") a los tribunales del Estado promulgante, lo que le permitirá recabar cierto "margen" temporal, y dará ocasión para que esos tribunales puedan determinar qué medidas de coordinación judicial o de otra índole procede otorgar para optimizar la administración de la insolvencia;
- b) Determinar cuándo debe otorgarse el "reconocimiento" a un procedimiento de insolvencia extranjero y cuáles serán las consecuencias de ese reconocimiento;
- c) Enunciar en términos transparentes el derecho de los acreedores a entablar un procedimiento de insolvencia en el Estado promulgante o a participar en un procedimiento de esa índole;
- 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 del Estado promulgante y a las personas que administran procedimientos de insolvencia en ese Estado a solicitar asistencia en el extranjero;
- f) 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;
- g) 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.

8.5. LA LEY MODELO COMO VEHÍCULO DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO

Una ley modelo es un texto legislativo que se recomienda a los Estados para su incorporación al derecho interno. A diferencia de lo que sucede con un convenio internacional, el Estado que adopte su régimen no está obligado a dar aviso de ello a las Naciones Unidas o a otros Estados que tal vez hayan también adoptado su régimen.

Al incorporar la Ley Modelo a su derecho interno, todo Estado puede modificar o suprimir algunas de sus disposiciones. En el supuesto de una convención, la posibilidad de que un Estado modifique el texto uniforme (conocida por el término de "reserva") está mucho más restringida; las convenciones de derecho mercantil suelen proscribir toda reserva o autorizar únicamente algunas reservas bien definidas.

La flexibilidad inherente a toda ley modelo es aún más de desear si es probable que el Estado desee introducir diversas modificaciones en su texto uniforme previas a su incorporación a su derecho interno.

Cabe prever ciertas modificaciones en casos en los que el texto uniforme tenga alguna vinculación estrecha con el derecho procesal o jurisdiccional interno (como sucede con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza). Ello significa, no obstante, que será menor el grado de armonización y menor también la certidumbre de conseguirla que si se hubiera recurrido al régimen de una convención. Por ello, en aras de esa armonización y certidumbre, se recomienda a los Estados que, al incorporar la Ley Modelo, introduzcan el menor número posible de cambios en su texto uniforme al incorporarlo a su derecho interno.

8.6. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE LA LEY MODELO

8.6.1. ANTECEDENTES

La incidencia cada vez mayor de la insolvencia transfronteriza refleja la incesante expansión mundial del comercio y de las inversiones. Ahora bien, el derecho interno se ha rezagado en gran medida de esta evolución, por lo que no está en condiciones de atender a las necesidades de la insolvencia transfronteriza. Ello da lugar a menudo a soluciones jurídicas inadecuadas y desequilibradas, que dificultan la rehabilitación de empresas en dificultades financieras, no facilitan una administración eficiente y equitativa de las insolvencias transfronterizas, impide la protección de los bienes del deudor insolvente contra su dispersión, y obstaculiza la optimización del valor de esos bienes. Además, la falta de previsibilidad, sobre cómo se administrará una eventual insolvencia transfronteriza, obstaculiza el flujo de capitales y desincentiva la inversión transfronteriza.

Las operaciones fraudulentas de deudores insolventes, encaminadas en particular a ocultar o transferir bienes a jurisdicciones extranjeras, constituyen un problema cada vez más grave en términos de su frecuencia y magnitud y son cada vez más fáciles de planear y ejecutar gracias a la interconexión actual del mundo. Los mecanismos de cooperación transfronteriza establecidos por la Ley Modelo tienen por finalidad combatir ese fraude internacional.

Sólo un reducido número de países disponen de un marco legal para la insolvencia transfronteriza que responda a las necesidades del comercio y de las inversiones internacionales. A falta de un marco convencional o legal idóneo, se recurre a diversas nociones y técnicas para resolver los casos de insolvencia transfronteriza. Cabe citar, al respecto, la aplicación de la doctrina de la cortesía internacional por los tribunales del *common law*; la emisión de mandatos de *exequatur* en los ordenamientos de tradición romanista; la ejecución de mandatos emanados de procedimientos de insolvencia extranjeros apoyándose en la normativa interna para la ejecución de sentencias extranjeras; técnicas como la comisión o carta rogatoria para la transmisión de solicitudes de asistencia.

La mera dependencia del principio de la cortesía internacional o del *exequatur* no proporciona el grado de fiabilidad o predecibilidad que cabe esperar de una ley especial, como la Ley Modelo, en materia de cooperación judicial, reconoci-

miento de procedimientos de insolvencia extranjeros y acceso a los tribunales para los representantes extranjeros. Por ejemplo, la normativa general relativa al reconocimiento recíproco de sentencias, y de mandatos de *exequatur*, tal vez se limite, en un ordenamiento dado, a la ejecución de mandatos financieros cautelares en litigios bilaterales, y no ser aplicable a una decisión de apertura de un procedimiento colectivo de insolvencia. Además, el reconocimiento de un procedimiento de insolvencia extranjero tal vez no se considere como el reconocimiento de una "sentencia" extranjera, por ejemplo, de considerarse la declaración extranjera de quiebra como meramente declaratoria de la situación legal del deudor o como un pronunciamiento de carácter no definitivo.

Todo defecto de comunicación y de coordinación entre los tribunales y los administradores de las jurisdicciones interesadas hace más probable la dispersión o la ocultación fraudulenta de los bienes, o incluso su liquidación sin exploración previa de otras soluciones más ventajosas. A resultas de ello, no sólo disminuirán las probabilidades de que los acreedores sean reembolsados sino también las probabilidades de que empresas financieramente viables sean rescatadas, salvándose con ello empleos.

Por el contrario todo dispositivo de derecho interno que permita coordinar la administración de insolvencias transfronterizas abre vías para adoptar soluciones sensatas que pueden interesar tanto a los acreedores como al deudor, por lo que la presencia de ese tipo de mecanismos en el derecho interno de un Estado es percibida como un factor ventajoso para toda inversión u operación comercial en ese Estado.

La Ley Modelo toma en consideración los resultados de otros trabajos internacionales, entre los que cabe citar el Convenio de la Unión Europea relativo al procedimiento de insolvencia, el Convenio europeo sobre ciertos aspectos internacionales de la quiebra (1990), los Tratados de Derecho internacional privado comercial de Montevideo de 1889 y 1940, la Convención sobre la quiebra en los Estados Nórdicos (1933), así como la Convención de Derecho internacional privado de 1928 ("Código Bustamante"). Se han tomado en consideración propuestas de organizaciones no gubernamentales como la *Model International Insolvency Cooperation Act (MIICA)* y el *Cross-Border Insolvency Concordat*, dos instrumentos jurídicos preparados por el Comité J de la Sección de Derecho Empresarial de la Asociación Internacional de Abogados.

Al entrar en vigor, el Convenio de la Unión Europea relativo a los procedimientos de insolvencia, establecerá un régimen transnacional de la insolvencia, propio de la Unión, para los casos en los que el deudor tenga el centro de sus principales intereses en un Estado miembro de la Unión. Ese Convenio no se ocupa de los asuntos de insolvencia que trascienden del territorio de un Estado miembro al territorio de un Estado no miembro de la Unión. De este modo, la Ley Modelo ofrece a los Estados miembros de la Unión Europea un régimen complementario de considerable interés práctico para los numerosos casos de insolvencia transfronteriza a los que no es aplicable el Convenio.

8.6.2. INTEGRACIÓN DE LA LEY MODELO EN EL DERECHO INTERNO EXISTENTE

Al limitar su alcance a algunos aspectos procesales de la insolvencia transfronteriza, se ha procurado que la Ley Modelo pueda funcionar como parte integrante del derecho interno de la insolvencia. Ello se refleja en los siguientes rasgos:

a) Se ha limitado la terminología que pudiera resultar nueva para el derecho interno existente a términos propios del contexto transfronterizo, tales como "procedimiento extranjero" y "representante extranjero".

No es probable que haya incompatibilidades entre los términos empleados en la Ley Modelo y la terminología en vigor en el derecho interno. Además, cuando es probable que un término varíe de un ordenamiento a otro, la Ley Modelo, en vez de optar por un término dado, describe en cursiva y entre corchetes el significado del término e invita a los redactores de la nueva norma legal a utilizar el término que proceda en el derecho interno;

b) La Ley Modelo ofrece al Estado promulgante la posibilidad de alinear las medidas resultantes del reconocimiento de un procedimiento extranjero con las otorgables en un procedimiento comparable a tenor del derecho interno;

c) El reconocimiento de un procedimiento extranjero no impide que los acreedores locales entablen o prosigan un procedimiento local colectivo de insolvencia (artículo 28);

d) Las medidas otorgables al representante extranjero están supeditadas al amparo que merecen los acreedores locales y demás personas interesadas, incluido el deudor, frente a todo perjuicio indebido, así como a los requisitos procesales y a los deberes de notificación dimanantes de la ley del foro (artículo 22 y artículo 19, párrafo 2);

e) La Ley Modelo preserva la posibilidad de excluir o limitar, por imperativo de orden público, toda medida en favor de un procedimiento extranjero, incluido su reconocimiento, aun cuando se prevé que la excepción de orden público será rara vez invocada (artículo 6);

f) La Ley Modelo posee la flexibilidad formal de un régimen modelo respetuoso de los diversos enfoques del derecho interno de la insolvencia, así como de la mayor o menor propensión de los Estados a cooperar y coordinar las actuaciones en materia de insolvencia (artículos 25 a 27).

Esa flexibilidad de adaptación al derecho interno debe ser utilizada con cautela para no arriesgar la necesaria uniformidad de su interpretación y el interés del Estado promulgante en introducir prácticas internacionales modernas y aceptables en materia de insolvencia. Se aconseja, por ello, limitar al mínimo todo desvío respecto del texto uniforme. La uniformidad tiene la ventaja adicional de facilitar la obtención en otros Estados de medidas de asistencia en asuntos de insolvencia.

8.6.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY MODELO

La Ley Modelo es aplicable a diversos supuestos que pueden darse en casos de insolvencia transfronteriza. Cabe citar al respecto: a) la recepción de una solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero; b) el envío por un tribunal o administrador del propio Estado de una solicitud de reconocimiento de un procedimiento de insolvencia abierto con arreglo al derecho interno; c) la coordinación de procedimientos de insolvencia paralelos seguidos en dos o más Estados; y d) la par-

ticipación de acreedores extranjeros en procedimientos de insolvencia seguidos en el propio Estado (artículo 1).

8.6.4. TIPOS DE PROCEDIMIENTOS EXTRANJEROS CONSIDERADOS

Para caer dentro del ámbito de aplicación de la Ley Modelo, un procedimiento extranjero de insolvencia deberá poseer ciertos atributos: un fundamento en el derecho interno de la insolvencia del Estado de origen; una representación colectiva de los acreedores; el control o la supervisión de los bienes o negocios del deudor por un tribunal u otro órgano oficial; y la reorganización o liquidación del negocio del deudor como finalidad del procedimiento (artículo 2, inciso a).

Conforme a esos criterios son reconocibles diversos tipos de procedimientos colectivos: obligatorios o voluntarios; relativos a personas jurídicas o a personas naturales; de liquidación o de reorganización.

También lo serían los procedimientos en los que el deudor conserva cierto control sobre sus bienes, aun cuando haya de actuar bajo la supervisión del tribunal (suspensión de pagos; "deudor en posesión").

Se utiliza también un criterio global para indicar los tipos de deudor a los que será aplicable la Ley Modelo. La Ley Modelo menciona, no obstante, la posibilidad de excluir de su ámbito de aplicación ciertos tipos de entidades que sean objeto de un régimen especial en su derecho interno, tales como bancos y compañías de seguros (artículo 1, párrafo 2).

8.6.5. ASISTENCIA EXTRANJERA PARA UN PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA ABIERTO EN EL ESTADO PROMULGANTE

Además de habilitar a los tribunales del Estado promulgante para dar curso a las solicitudes de reconocimiento que reciban, la Ley Modelo autoriza a esos tribunales para recabar asistencia en el extranjero para un procedimiento que se esté siguiendo en su jurisdicción (artículo 25). La autorización dada a los tribunales para recabar asistencia en el extranjero puede colmar una laguna en el derecho interno de algunos Estados. Sin esa autorización legal, los tribunales se sentirían, en algunos ordenamientos, reacios a recabar esa asistencia, lo que puede suscitar obstáculos a una respuesta internacional coordinada en casos de insolvencia transfronteriza.

La Ley Modelo puede ayudar también a un Estado que la adopte a colmar toda eventual laguna de su derecho interno en orden a la habilitación "en el extranjero" de las personas designadas con arreglo a su normativa interna para administrar un procedimiento de insolvencia. El artículo 5 faculta a esas personas para solicitar ante los tribunales extranjeros el reconocimiento de esos procedimientos y medidas de asistencia para llevarlos a buen término.

8.6.6. ACCESO DEL REPRESENTANTE EXTRANJERO A LOS TRIBUNALES DEL ESTADO PROMULGANTE

Un objetivo importante de la Ley Modelo es dar a los representantes extranjeros un acceso directo y rápido a los tribunales del Estado promulgante. La Ley evita la necesidad de tener que recurrir a procedimientos engorrosos y lentos como la carta o comisión rogatoria, o a otras vías diplomáticas o consulares, que sin ella tal vez sean requeridos. Ello facilitaría la adopción de un enfoque cooperativo y coordinado, y agilizaría, de ser necesario, la adopción de medidas.

Además de enunciar el principio de acceso directo del representante extranjero a los tribunales, la Ley Modelo:

a) Simplifica los requisitos de prueba para pedir el reconocimiento y la adopción de medidas a favor del procedimiento extranjero, que soslayan el lento requisito de la "legalización" basado en trámites consulares y notariales (artículo 15);

b) Dispone que el representante extranjero goza de legitimación procesal para entablar (con arreglo a los requisitos del derecho interno) un procedimiento de insolvencia en el Estado promulgante y para participar en uno de esos procedimientos (artículos 11 y 12);

c) Confirma, a reserva de los requisitos de la ley del foro, el acceso de los acreedores extranjeros a los tribunales del Estado promulgante a objeto de entablar un procedimiento de insolvencia o de participar en un procedimiento de esa índole (artículo 13);

d) Faculta al representante extranjero para intervenir en actuaciones, en el Estado promulgante, en las que se ventilen acciones individuales relativas al deudor o sus bienes (artículo 24);

e) Dispone que el mero hecho de presentar una demanda de reconocimiento en el Estado promulgante no extiende la competencia de sus tribunales a todos los bienes y negocios del deudor (artículo 10).

8.6.7. RECONOCIMIENTO DE UN PROCEDIMIENTO EXTRANJERO

La Ley Modelo establece criterios para determinar cuando un procedimiento extranjero ha de ser reconocido (artículos 15 a 17) y dispone que, cuando así proceda, el tribunal podrá otorgar medidas provisionales previas a la resolución de reconocimiento (artículo 19). La decisión de reconocer conlleva la determinación de si el fundamento jurisdiccional que justificó la apertura de ese procedimiento puede justificar su reconocimiento como procedimiento extranjero "principal" o "no principal". Los aspectos procesales del aviso a dar de la presentación de una solicitud de reconocimiento o de la resolución por la que se otorga ese reconocimiento no son objeto de la Ley Modelo; se dejan al arbitrio de la norma por lo demás aplicable de derecho interno.

Un procedimiento extranjero se tendrá por "principal" si ese procedimiento se ha abierto en el Estado "donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses". Esta formulación refleja la del Convenio europeo relativo a los procedimientos de insolvencia (artículo 3 de ese Convenio), contribuyendo así al consenso que se va formando sobre la noción de procedimiento "principal". La determinación de

si un procedimiento es o no "principal" puede afectar a las medidas que le sean otorgadas al representante extranjero.

Entre las medidas clave otorgables tras el reconocimiento del representante de un procedimiento extranjero principal cabe citar la paralización de toda acción de un acreedor individual contra el deudor o de toda medida de ejecución sobre los bienes del deudor, y la suspensión del derecho del deudor a transmitir o gravar sus bienes (artículo 20, párrafo 1)). Esa paralización y suspensión son medidas "imperativas" (o "automáticas") en el sentido de que dimanar automáticamente del reconocimiento de un procedimiento extranjero "principal" o, caso de que la paralización o suspensión requiera un mandato judicial expreso, el tribunal está obligado a dictar el correspondiente mandato. La paralización de toda acción y medida de ejecución dará el "margen" requerido para adoptar medidas apropiadas de reorganización o de liquidación equitativa de los bienes del deudor. La suspensión de toda transferencia viene impuesta por la facilidad que tienen los deudores multinacionales, en el moderno sistema económico mundial, para desplazar con rapidez dinero y bienes a través de las fronteras. La moratoria imperativa impuesta por el reconocimiento del procedimiento extranjero principal equivale a una "congelación" rápida que se juzga indispensable para evitar fraudes y amparar el interés legítimo de toda parte afectada hasta que el tribunal haya tenido tiempo de dar aviso a todos los interesados y de evaluar la situación.

Las excepciones y limitaciones que pueda haber al alcance de esa paralización y suspensión (por ejemplo, excepciones relativas a los créditos garantizados, pagos del deudor efectuados en el giro normal de su negocio, compensaciones, ejecución de derechos reales) y la posibilidad de modificar la paralización o suspensión, o de dejarla sin efecto, se regirán por la normativa de derecho interno aplicable a supuestos similares de insolvencia (artículo 20, párrafo 2).

Además de esas medidas imperativas, la Ley Modelo faculta al tribunal para otorgar medidas "discrecionales" en provecho de todo procedimiento extranjero ya sea "principal" o no (artículo 21). Esas medidas discrecionales podrán consistir en paralizar actuaciones o suspender el derecho a constituir gravámenes sobre los bienes (en la medida en que esa paralización o suspensión no haya intervenido automáticamente con arreglo al artículo 20), en dar acceso a información relativa a los bienes y obligaciones del deudor, en nombrar a una persona para que administre la totalidad o parte de esos bienes, y toda otra medida otorgable con arreglo a la ley del foro. Se podrán otorgar medidas de urgencia desde el momento de la presentación de una solicitud de reconocimiento (artículo 21).

8.6.8. PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES Y DEMÁS PERSONAS INTERESADAS

La Ley Modelo contiene disposiciones, reseñadas a continuación, para amparar los intereses de los acreedores (en particular de los acreedores locales), del deudor y de otras personas afectadas: se deja a la discreción del tribunal la concesión de medidas provisionales a partir de la presentación de una solicitud de reconocimiento o a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero; se dispone expresamente que al conceder tal medida el tribunal deberá asegurarse de que los

intereses de los acreedores y demás personas interesadas, incluido el deudor, están debidamente protegidos (artículo 22, párrafo 1); el tribunal podrá supeditar la medida que otorgue a las condiciones que juzgue convenientes; y, a solicitud de la persona afectada, el tribunal podrá modificar o dejar sin efecto la medida otorgada (artículo 22, párrafos 2 y 3).

Además de esas disposiciones específicas, la Ley Modelo dispone en general que el tribunal podrá denegar toda medida prevista por la Ley que sea contraria al orden público interno (artículo 6).

La Ley Modelo no reglamenta en general la cuestión de las notificaciones que han de darse a las personas interesadas, pese a su estrecha vinculación con la protección de sus intereses. Estas cuestiones se rigen por reglas procesales de derecho interno, algunas de ellas inspiradas en principios de orden público. Por ejemplo, el derecho interno determinará si se ha de dar aviso al deudor o a alguna otra persona de la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero y el plazo en el que habrá de darse ese aviso.

8.7. COOPERACIÓN TRANSFRONTERIZA

La falta de un marco legislativo y la incertidumbre sobre las facultades del tribunal local para cooperar con tribunales extranjeros limitan a menudo la cooperación y coordinación entre tribunales de diversas jurisdicciones en casos de insolvencia transfronteriza.

La experiencia demuestra que, cualquiera que sea el grado de discrecionalidad de los tribunales, la introducción de un marco legal adecuado promueve la cooperación internacional en los casos transfronterizos. Por ello, la Ley Modelo cubre la laguna existente en muchos ordenamientos al facultar expresamente a los tribunales para cooperar con otros tribunales en cuestiones que se rijan por la Ley Modelo (artículos 25 a 27).

Por razones similares, la Ley Modelo autoriza también expresamente la cooperación entre los tribunales internos y un representante extranjero, y entre la persona que administre la insolvencia en el propio Estado y un tribunal o un representante extranjero (artículo 26).

La Ley Modelo enumera posibles formas de cooperación y deja al legislador la posibilidad de añadir otras formas (artículo 27). Se aconseja que esa lista sea ilustrativa y no exhaustiva para no cercenar las facultades del tribunal para idear remedios idóneos para las circunstancias del caso.

8.8. COORDINACIÓN DE PROCEDIMIENTOS PARALELOS

La Ley Modelo apenas impone limitaciones a la competencia de un tribunal del propio Estado para declarar abierto o proseguir un procedimiento de insolvencia. A tenor del artículo 28, aún después del reconocimiento de un procedimiento extranjero "principal", el tribunal conserva su competencia para abrir un procedimiento de insolvencia si el deudor posee bienes en el Estado del foro. Si el Estado

promulgante desea limitar su competencia a los casos en que el deudor tenga no sólo bienes sino un establecimiento en su territorio, esa limitación no sería contraria a los principios en los que se inspira la Ley Modelo.

La Ley Modelo considera además que el procedimiento extranjero principal reconocido constituye prueba suficiente de que el deudor es insolvente a efectos de iniciar un procedimiento local (artículo 31).

Esta regla puede ser útil en ordenamientos en los que se ha de probar la insolvencia del deudor antes de abrir un procedimiento de insolvencia. El no tener que repetir la prueba del fracaso financiero del deudor reduce las probabilidades de que éste pueda demorar el inicio del procedimiento lo bastante para ocultar o llevarse bienes a otro lugar.

La Ley Modelo se ocupa de la coordinación entre un procedimiento local y un procedimiento relativo al mismo deudor (artículo 29) y facilita la coordinación entre dos o más procedimientos extranjeros relativos al mismo deudor (artículo 30). El objetivo de su normativa es favorecer la adopción de decisiones coordinadas conformes con los objetivos de ambos procedimientos (por ejemplo, optimizar el valor de los bienes del deudor o reorganizar lo más ventajosamente posible la empresa).

Para conseguir una coordinación satisfactoria y para ir adaptando las medidas otorgadas a la evolución de la situación, el tribunal deberá, en todos los supuestos previstos por la Ley Modelo, incluso cuando haya de adoptar medidas que limiten los efectos de un procedimiento extranjero frente a un procedimiento local, cooperar al máximo con los tribunales y representantes extranjeros (artículos 25 y 30).

Cuando se esté ya tramitando el procedimiento local al ser solicitado el reconocimiento de un procedimiento extranjero, la Ley Modelo exige que toda medida otorgada al procedimiento extranjero sea compatible con el procedimiento local. Más aun, la existencia de un procedimiento local al ser reconocido el procedimiento extranjero principal deja sin efecto al artículo 20. De no estarse siguiendo un procedimiento local, el artículo 20 impone la paralización de las acciones individuales y de las medidas de ejecución contra el deudor y suspende todo derecho del deudor a transferir o gravar sus propios bienes.

Cuando el procedimiento local comienza estando ya presentada la solicitud de reconocimiento o reconocido el procedimiento extranjero, se habrán de reconsiderar las medidas otorgadas al procedimiento extranjero para modificarlas o dejarlas sin efecto caso de que sean incompatibles con el procedimiento local. De ser el procedimiento extranjero un procedimiento principal, toda paralización o suspensión impuesta a tenor del artículo 20 deberá ser también modificada o dejada sin efecto caso de ser incompatible con el procedimiento local.

Cuando el tribunal ha de atender a más de un procedimiento extranjero, el artículo 30 le invita a modular las medidas otorgadas con miras a facilitar la coordinación de esos procedimientos; cuando uno de los procedimientos extranjeros sea el procedimiento principal, toda medida otorgada deberá ser compatible con ese procedimiento.

Otra regla destinada a mejorar la coordinación entre procedimientos paralelos es la de la tasa de pago de los acreedores (artículo 32). En ella se dispone que el acreedor que reclame el pago en más de un procedimiento deberá ser pagado de

modo que su dividendo no sea superior al percibido por los demás acreedores de su misma categoría.

8.9. CIRCUNSTANCIAS PARA QUE SEA APLICABLE LA LEY MODELO

- A) Un tribunal extranjero o un representante extranjero solicita asistencia en un Estado en relación con un procedimiento extranjero.
- B) Se solicita asistencia en un Estado extranjero en relación con un procedimiento que se esté tramitando con arreglo a una norma de derecho interno en otro Estado.
- C) Si se están tramitando simultáneamente y de un mismo deudor un procedimiento extranjero y un procedimiento en su Estado.
- 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 en otro Estado.¹³⁹

8.10. CUADRO COMPARATIVO¹⁴⁰

Aspecto	Ley Modelo 1997	Guía Legislativa 2004
Tema	Insolvencia transfronteriza	Régimen de la insolvencia de las sociedades mercantiles
Procedimiento	Procedimientos extranjeros	Procedimientos de insolvencia
Partes implicadas	1. Deudor. 2. Representante extranjero. 3. Acreedores. 4. Tribunal extranjero.	1. Deudor. 2. Representante de la insolvencia. 3. Acreedores. 4. Tribunal.
Fases del procedimiento	1. Solicitud de reconocimiento 2. Adopción de medidas provisionales 3. Resolución: apertura (o no apertura).	Los mismos

¹³⁹ GONZALEZ PASCUAL, Julián, “Las insolvencias transfronterizas, papel de UNCITRAL”. http://www.aeca.es/pub/on_line/comunicaciones/XVcongreso_aeca/cd/61d.pdf

¹⁴⁰ GONZALEZ PASCUAL, Julián, “Las insolvencias transfronterizas, papel de UNCITRAL”. http://www.aeca.es/pub/on_line/comunicaciones/XVcongreso_aeca/cd/61d.pdf

	<p>4. Notificación a los acreedores</p> <p>5. Efectos y medidas del reconocimiento</p> <p>6. Administración del procedimiento</p> <p>7. Reorganización / liquidación</p>	
Solicitud del reconocimiento	Ante el tribunal.	Ante el tribunal.
Medidas provisionales	<p>-Paralizar la ejecución contra los bienes del deudor.</p> <p>-El representante extranjero administra los bienes del deudor.</p> <p>-Prohibición de gravar o transmitir bienes del deudor. Estas quedan sin efecto tras la resolución</p>	<p>Los mismos.</p> <p>También estable un “periodo de sospecha”, que incluso, puede ser anterior a la solicitud, en el invalidan operaciones que reduzcan los bienes del deudor o vayan en contra de los acreedores.</p>
Criterios para la apertura	<p>1. Ser un procedimiento extranjero.</p> <p>2. El representante extranjero esté capacitado.</p> <p>3. Se haya presentado toda la documentación ante el tribunal competente.</p>	<p>1. El deudor no puede pagar sus deudas vencidas.</p> <p>2. Las deudas exceden el valor de los bienes</p>
Notificación a los acreedores	<p>A los nacionales y no nacionales.</p> <p>A través de:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Publicación gaceta oficial. - A cada acreedor extranjero. 	<p>-A los acreedores conocidos, de forma individual.</p> <ul style="list-style-type: none"> -Diario oficial del Estado. -Periódico nacional de gran difusión. -Registro electrónico autorizado.

ALCANCES Y EFECTOS DE LA CONVENCIÓN RELATIVA A GARANTÍAS INTERNACIONALES DE BIENES DE EQUIPO MÓVIL Y SUS PROTOCOLOS Y LA LEY MODELO SOBRE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA SOBRE LA LEGISLACIÓN ARGENTINA Y LA PROMOCIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS.

Efectos y medidas del reconocimiento	<ul style="list-style-type: none"> -Se paralizan los procedimientos individuales. -Se paraliza la ejecución de los bienes del deudor. -Se prohíbe gravar o transmitir bienes del deudor. -El representante administra los bienes. -Disponer de información sobre las responsabilidades del deudor. -Prorrogar medidas cautelares. 	<ul style="list-style-type: none"> -Se paralizan los procedimientos individuales. -Se paraliza la ejecución de los bienes del deudor. -Se prohíbe gravar o transmitir bienes del deudor. -Reconocimiento de la masa activa de la insolvencia.
Administración del procedimiento	<p>No se comenta de forma explícita, cada régimen lo determinará, pero en esencia, es como el de la Guía.</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Los acreedores comunican sus créditos, dentro de un plazo. -Verificación y reconocimiento de los créditos, o rechazo, en su caso. -Se conoce la prioridad y cantidad de cada crédito. -Los acreedores votan en Junta de acreedores, incluyendo, la aceptación
Componentes de la masa de la insolvencia	<p>No especifica lo que abarca. Lo dictaminará la legislación de cada Estado.</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Los bienes propiedad del deudor: -corporales o inmateriales, -en su poder o no, -en ese Estado o no, -estén o no gravados con una garantía real a favor de un acreedor. -Bienes adquiridos después de la apertura. -Derechos del deudor sobre bienes gravados y bienes de terceros.
Liquidación	<p>Distribución del patrimonio entre los acreedores, según categorías.</p>	<p>Igual.</p>

Liberación del deudor	No lo contempla.	Si al liquidar el patrimonio, no desaparecen todas las deudas, el deudor queda exonerado si es entidad jurídica, y para la persona física, si su conducta es de buena fe.
Reorganización	Alternativo a la liquidación. Es un acuerdo ente deudor y acreedores.	Es lo mismo, pero describe el proceso que se debe seguir.
Reorganización agilizada	No la contempla	Es una vía extrajudicial, para acelerar el proceso.
Cooperación entre tribunales	Enfatiza la cooperación y coordinación entre tribunales de diversas jurisdicciones, para coordinar varios procedimientos extranjeros.	No se nombra explícitamente.
Procedimientos paralelos	Los abarca	No se abordan.

CAPITULO 9

PROYECTO DE GUIA LEGISLATIVA SOBRE LAS OPERACIONES GARANTIZADAS Y LA GUIA LEGISLATIVA CNUDMI SOBRE EL RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA

9.1. GARANTÍAS REALES. PROYECTO DE GUÍA LEGISLATIVA SOBRE LAS OPERACIONES GARANTIZADAS¹⁴¹ Y LA GUÍA LEGISLATIVA CNUDMI SOBRE EL RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA.

Hay un campo del derecho, el derecho de la insolvencia, en el que en la práctica el régimen de las operaciones garantizadas tiene una interacción profunda.

Los regímenes de las operaciones garantizadas y los de la insolvencia tienen diferentes problemas que resolver y distintos objetivos, algunos de los cuales pueden solaparse cuando a los derechos regulados por un régimen de las operaciones garantizadas se ven afectados por la apertura de procedimientos de insolvencia. Todo régimen de las operaciones garantizadas trata de promover el crédito garantizado, es decir, el crédito financiero a bajo costo, dado que la garantía hace disminuir el riesgo de que el acreedor garantizado no cobre (“incumplimiento”). El régimen permite a los deudores utilizar el pleno valor de sus bienes para obtener crédito, desarrollar sus empresas y evitar el incumplimiento. En caso de incumplimiento por un deudor, el régimen de las operaciones garantizadas trata de asegurar que el valor de los bienes gravados proteja al acreedor garantizado. Centra sus esfuerzos en la ejecución eficaz de los derechos de los distintos acreedores a fin de maximizar la probabilidad de que, si las obligaciones adeudadas no se pagan, pueda transformarse en liquidez el valor económico de los bienes gravados para así satisfacer las obligaciones garantizadas.

En cambio, un régimen de la insolvencia se ocupa principalmente de los negocios colectivos y de cuestiones económicas. Trata de conseguir que todos los acreedores perciban el máximo valor, en primer lugar impidiendo que se produzca una carrera entre acreedores para ejecutar individualmente sus garantías contra un deudor común, y, en segundo lugar, facilitando la reorganización de empresas comerciales viables y la liquidación de las empresas que no lo sean. Por estas razones, un régimen de la insolvencia puede afectar a los derechos de un acreedor garantizado de diferentes maneras una vez abiertos los procedimientos de insolvencia.

Dado que la reforma de uno de los regímenes puede imponer, conforme al otro régimen, costos imprevistos de las operaciones y del cumplimiento a las partes interesadas y crear tensión entre ambos regímenes, los legisladores que revisen los regímenes existentes o que introduzcan un nuevo régimen en materia de insolvencia o de operaciones garantizadas deberán asegurarse de que el régimen nuevo o revisado tenga debidamente en cuenta el régimen en la otra materia existente o propues-

¹⁴¹ Naciones Unidas, A/CN.9/637/Add.8. **Asamblea General**. Viena, 10 a 14 de diciembre de 2007.

to. En algunos casos, la revisión de uno de los dos tipos de régimen puede poner de manifiesto la necesidad de revisar el otro tipo de régimen o de elaborar otro nuevo.

En cualquier caso, si un régimen de la insolvencia afecta a los derechos de los acreedores garantizados, esos efectos deberían basarse en políticas cuidadosamente formuladas y exponerse claramente en el régimen de la insolvencia, como se recomienda a lo largo de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* (en adelante, “*la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*”), aprobada por la CNUDMI el 25 de junio de 2004.

Los efectos de los procedimientos de insolvencia en las garantías reales se examinan en detalle, desde el ángulo del régimen de la insolvencia, en la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*. La finalidad de este trabajo es poner de relieve los puntos clave de intersección o de solapamiento entre un régimen de la insolvencia y un régimen de las operaciones garantizadas.

El capítulo examina, en la sección A.3, los principios generales relativos a las garantías reales en la insolvencia. La sección A.4 trata del derecho aplicable en los procedimientos de insolvencia, en tanto que la sección A.5 puntualiza el régimen aplicable a los bienes gravados. La sección A.6 se ocupa de la financiación posterior a la apertura, la sección A.7 del régimen aplicable a los contratos y la sección A.8 de los procedimientos de impugnación y anulación. Las tres secciones siguientes se refieren a la participación de los acreedores garantizados en procedimientos de insolvencia (sección A.9), los procedimientos de reorganización (sección A.10) y los procedimientos de reorganización agilizados (sección A.11). En las últimas cuatro secciones se abordan el régimen aplicable a los créditos garantizados (sección A.12), la clasificación de los créditos garantizados por el grado de prelación (sección A.13), las operaciones de financiación de adquisiciones (sección A.14) y los créditos por cobrar sujetos a una cesión pura y simple antes de la apertura (sección A.15).

9.2. TERMINOLOGÍA

En la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* y en el proyecto de Guía sobre operaciones garantizadas se emplean varios términos y conceptos definidos.

Se define el concepto de “derecho de garantía”, que no es sinónimo de “garantía real” según se define en la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*. El concepto de “garantía real” es más amplio, al referirse de forma general a “un derecho sobre un bien para respaldar el pago u otro tipo de cumplimiento de una o más obligaciones” y, en consecuencia, abarca potencialmente los derechos de garantía sobre bienes inmuebles y las garantías reales no contractuales, que no entran en la definición de “derecho de garantía”.

Del mismo modo, el término “prelación” que figura en la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* no es tan amplia y se refiere únicamente a la prelación de los créditos en el contexto de la insolvencia (“el derecho de un crédito a gozar de un mayor grado de prelación que otro crédito cuando ese derecho nazca en virtud de la ley).

En el proyecto de Guía se define la “prelación” como “el derecho de una persona a gozar de preferencia, frente a un reclamante concurrente, para obtener el beneficio económico de su derecho de garantía sobre un bien gravado”.

El término “deudor” u “otorgante” se define por referencia a la persona que adeude la obligación garantizada y en la Guía de Insolvencia es quien cumple los requisitos para la apertura de procedimientos de insolvencia.

9.3. PRINCIPIOS GENERALES RELATIVOS A LAS GARANTÍAS REALES EN LA INSOLVENCIA

En tal caso, es conveniente que en un régimen de la insolvencia se prevean salvaguardias apropiadas para el acreedor garantizado. Como se señala repetidas veces en la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, lo importante para obtener crédito garantizado es que el régimen de la insolvencia contenga reglas claras acerca de cómo afectará el procedimiento de insolvencia a los derechos de un acreedor garantizado, de modo que los acreedores garantizados puedan cuantificar los riesgos que pueda entrañar la insolvencia y tenerlos en cuenta a la hora de decidir si otorgarán o no crédito financiero y en qué condiciones lo harán.

9.4. DERECHO APLICABLE EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA SOBRE LA IMPUGNACIÓN Y ANULACIÓN

La determinación de la ley aplicable a la constitución, a la oponibilidad y a la prelación de una garantía real, así como a los derechos ejercitables por un acreedor garantizado en caso de incumplimiento, puede resultar una cuestión compleja cuando un procedimiento de insolvencia se abra en un Estado y algunos de los bienes o de los acreedores del deudor se encuentren en otro Estado, o cuando se entablen procedimientos de insolvencia en dos Estados distintos debido al carácter plurinacional de los negocios del deudor. En ambos casos, las reglas generales de derecho internacional privado aplicables al margen de los procedimientos de insolvencia regularían esas cuestiones.

9.5. Efectos de la insolvencia: *lex fori concursus*

Una vez que se hayan determinado la constitución y la oponibilidad de una garantía real conforme a la legislación no relativa a la insolvencia aplicable al margen de los procedimientos de insolvencia en virtud de las reglas de derecho internacional privado del Estado del foro, se plantea una segunda cuestión relativa al modo en que la apertura de procedimientos de insolvencia influirá en las garantías reales.

Los puntos que será preciso abordar son, por ejemplo, si se paralizará la ejecución de una garantía real y si la garantía real será reconocida en el procedimiento de insolvencia y, en caso afirmativo, la posición relativa que corresponderá a dicha garantía. En general, se reconoce que el régimen de la insolvencia del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia (*lex fori concursus*) regirá la apertura, la sustanciación, incluida la clasificación de los créditos, la administración y la conclusión del procedimiento.

El régimen de la insolvencia que rige la clasificación de la garantía real puede modificar la prelación relativa que una garantía real tendría en virtud de un régimen de las operaciones garantizadas y establecer categorías de créditos que gozarían de prelación en el pago respecto de una garantía real en procedimientos de insolvencia.

Al establecer esas categorías de créditos se deberá hacer referencia a lo dispuesto en el régimen de las operaciones garantizadas en lo que respecta a la constitución, la oponibilidad a terceros, la prelación y la ejecución de la garantía real, antes de estudiar si, eventualmente, el grado de prelación de la garantía real debería verse afectado por la apertura y la administración de procedimientos de insolvencia.

9.5.1. EXCEPCIONES A LA *LEX FORI CONCURSUS*

Si bien los efectos de insolvencia de los procedimientos de insolvencia en las garantías reales se rigen normalmente por la *lex fori concursus*, algunos Estados han adoptado excepciones. Por ejemplo, un Estado del foro puede remitir al régimen de la insolvencia del Estado en que se encuentren los bienes inmuebles (*lex situs* o *lex rei sitae*) para determinar los efectos de la insolvencia de una garantía real sobre los bienes incorporados a los bienes inmuebles.

9.6. RÉGIMEN APLICABLE A LOS BIENES GRAVADOS

A raíz de la apertura de procedimientos de insolvencia, una garantía real puede verse afectada por las disposiciones del régimen de la insolvencia en que se defina el alcance de varias cuestiones o éstas se aborden de alguna otra forma. Esas cuestiones incluyen, por ejemplo: los bienes del deudor sujetos al procedimiento de insolvencia, la aplicación de una paralización o la suspensión de reclamaciones contra el deudor, la financiación posterior a la apertura, la anulación de operaciones que tuvieron lugar antes de la apertura del procedimiento, la aprobación de un plan de reorganización y la clasificación de la prelación de los créditos.

9.7. IDENTIFICACIÓN DE LOS BIENES SUJETOS AL PROCEDIMIENTO

La identificación de los bienes del deudor que estarán sujetos al procedimiento de insolvencia es un factor clave para llevar a término con éxito el procedimiento.

Los bienes que estén controlados por el representante de la insolvencia y estén sujetos al procedimiento de insolvencia constituyen la “masa”. La *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* recomienda que la masa que se constituya al abrirse el procedimiento incluya normalmente todos los bienes, derechos y garantías del deudor, incluidos los derechos y garantías ordinarios y derivados de garantías sobre bienes, ya sean corporales (muebles o inmuebles) o inmateriales, dondequiera que se encuentren (en el Estado o en el extranjero), e independientemente de que estén o no en posesión del deudor en el momento de la apertura. Los derechos y garantías del deudor sobre los bienes gravados y sobre bienes de propiedad de terceros, así

como los bienes adquiridos por el deudor o por el representante de la insolvencia tras la apertura del procedimiento y los bienes recuperados mediante acciones de impugnación, se deberán incluir también en la masa.

9.8. BIENES GRAVADOS

La inclusión en la masa de los derechos del deudor y de sus garantías sobre los bienes gravados puede contribuir no sólo a que se dé un trato igual a los acreedores que se encuentren en una situación similar, sino también a que se logren los objetivos del procedimiento de insolvencia cuando, por ejemplo, el bien de que se trate sea esencial para la reorganización del deudor o para la venta de la empresa del deudor como negocio en marcha que se encuentra en liquidación.

En la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* se examinan los bienes del deudor que deben ser incluidos en la masa (así como los bienes que deben quedar excluidos de ella) y los efectos que tiene la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre los bienes gravados. En particular, la *Guía* pone de relieve la importancia que tiene, para el éxito de una reorganización, la inclusión en la masa de la insolvencia de las garantías del deudor sobre bienes gravados y de los bienes que sean propiedad de terceros.

9.9. BIENES ADQUIRIDOS TRAS LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA

La *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* dispone que, como regla general, todo bien adquirido por el deudor tras la apertura del procedimiento de insolvencia quede incluido en la masa de la insolvencia.

En consecuencia, aun cuando el acreedor garantizado pueda tener una garantía real sobre bienes futuros del deudor, la garantía real no debería hacerse extensiva a los bienes adquiridos por el deudor tras la apertura del procedimiento de insolvencia, a menos que el acreedor garantizado esté aportando financiación adicional. Si en general la garantía real se hiciera extensiva a un bien adquirido por el deudor tras la apertura del procedimiento, el acreedor garantizado se beneficiaría injustamente del aumento de bienes gravados que podrían estar disponibles para satisfacer la obligación garantizada resultante de la adquisición de bienes por el deudor tras la apertura, sin que el acreedor garantizado proporcionara crédito adicional al deudor.

Del mismo modo, otros acreedores de la masa resultarían injustamente perjudicados si los bienes gravados de la masa fueran utilizados tras la apertura del procedimiento de insolvencia para adquirir bienes adicionales y esos bienes pasaran automáticamente a quedar sujetos a la garantía real del acreedor garantizado y se utilizaran para satisfacer la obligación garantizada.

Sin embargo, si el bien adquirido por el deudor tras la apertura del procedimiento de insolvencia consistiera en el producto de un bien sobre el que un acreedor garantizado hubiera constituido una garantía real que fuera oponible antes de la apertura del procedimiento de insolvencia (o que adquiriera eficacia frente a terceros tras la apertura, pero dentro de un período de gracia), la garantía real debería hacerse extensiva al producto. De no ser así, el acreedor garantizado no dispondría

del beneficio de su garantía real sobre un bien gravado que fuera enajenado o cuyo valor fuera cobrado tras la apertura del procedimiento de insolvencia y, a causa de ese riesgo, dicho acreedor garantizado estaría menos dispuesto a otorgar crédito financiero al deudor, aun cuando no hubiera una perspectiva probable de que se abriera el procedimiento de insolvencia del deudor.

9.10. PROTECCIÓN DE LA MASA MEDIANTE UNA PARALIZACIÓN

Dos objetivos esenciales de todo régimen de la insolvencia eficaz son, en primer lugar, evitar que el valor de la masa de la insolvencia quede mermado por las acciones de las diversas partes y, en segundo lugar, facilitar la administración de la masa de forma equitativa y ordenada. Muchos regímenes de la insolvencia logran esos objetivos imponiendo una paralización que impide la apertura de acciones individuales o colectivas por parte de los acreedores con miras a ejecutar sus créditos o a ejercer algún recurso o procedimiento contra el deudor o contra el patrimonio de la insolvencia y que suspende las acciones de esta índole ya entabladas. Cuando la paralización es aplicable desde el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia, puede complementarse con medidas cautelares dictadas por el tribunal con miras a asegurar la protección de los bienes del deudor y del interés colectivo de los acreedores entre el momento en que se presenta una solicitud de apertura de un procedimiento y el momento en que el tribunal lleva adelante tal solicitud.

Alcance de la paralización

En varios Estados se hace extensiva la paralización a todas las acciones emprendidas contra el deudor, sean o no de carácter judicial, incluidas las entabladas por acreedores garantizados y propietarios terceros. Normalmente, la paralización se hace extensiva a las acciones encaminadas a ejecutar una garantía real mediante la reasunción de la posesión y la venta, el arrendamiento u otro tipo de enajenación de los bienes gravados. También se hace extensiva a las acciones encaminadas a constituir una garantía real o a dar a una garantía real oponibilidad a terceros.

En algunos regímenes de la insolvencia se distingue entre la liquidación y la reorganización en lo que se refiere a la solicitud y a la duración de la paralización de las acciones emprendidas por acreedores garantizados o por propietarios terceros. Son cada vez más los regímenes de la insolvencia que reconocen que, a pesar de que la limitación de la ejecución de garantías reales puede repercutir negativamente en el costo y en la oferta de crédito financiero, si se excluyeran de la paralización las acciones emprendidas por los acreedores garantizados, se podrían frustrar los objetivos básicos del procedimiento de insolvencia. Este es particularmente el caso en la reorganización, ya que muchas veces el hecho de que el deudor continúe utilizando los bienes gravados es esencial para el funcionamiento de la empresa y, por tanto, para su reorganización. Todo efecto negativo de la paralización puede mitigarse con medidas encaminadas a salvaguardar el valor económico de los bienes gravados frente a toda disminución.

Cuando una garantía real fuera oponible a terceros en el momento en que se abriera el procedimiento de insolvencia, es necesario eximir de la aplicación de la paralización toda acción que deba emprender el acreedor garantizado para asegurarse de que la oponibilidad continúa. Por ejemplo, el régimen de las operaciones garantizadas puede disponer un período de gracia para la inscripción de determinadas garantías reales, como las garantías reales del pago de adquisiciones, en el registro general de garantías reales; en general, la paralización no debería ser un obstáculo para la inscripción dentro de dicho período de gracia (aun cuando el período de gracia concluyera después de la apertura del procedimiento de insolvencia).

Duración de la paralización

En procedimientos de reorganización, a reserva de las salvaguardias analizadas más adelante, es conveniente que la paralización sea aplicable a las garantías reales durante un período suficiente para poder administrar debidamente la reorganización, sin que se retiren bienes gravados de la masa antes de que se determine el modo en que deberán tratarse dichos bienes y se apruebe un plan apropiado.

Es conveniente también que la paralización sea aplicable a las garantías reales en procedimientos de liquidación, en particular para facilitar la venta de la empresa como negocio en marcha. La *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* recomienda que la paralización tenga un período de vigencia breve (por ejemplo, de 30 a 60 días), especificado claramente en el régimen de la insolvencia, con la posibilidad de que el tribunal otorgue una prórroga en determinadas circunstancias limitadas.

9.11. PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES GARANTIZADOS

Todo régimen de la insolvencia debería prever salvaguardias para proteger a los acreedores garantizados cuando la paralización pueda afectar negativamente al valor económico de sus garantías reales. Una de esas salvaguardias puede consistir en la exención de tal paralización o en la liberación del bien gravado. Aun cuando no se solicite tal exención de la paralización, es conveniente que un régimen de la insolvencia disponga que un acreedor garantizado tendrá derecho a protección frente a la disminución del valor del bien gravado y que el tribunal podrá otorgar medidas apropiadas para asegurar esa protección.

La *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* recomienda que las situaciones en que puede eximirse de la paralización o puede liberarse el bien gravado incluyan los casos en que, por ejemplo, el bien gravado no sea necesario para una potencial reorganización o venta de la empresa del deudor; el valor del bien gravado vaya disminuyendo a consecuencia de la apertura del procedimiento de insolvencia y el acreedor garantizado no esté protegido frente a tal pérdida de valor; y, en la reorganización, cuando un plan no sea aprobado dentro del plazo límite aplicable (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, recomendación 51).

Algunos regímenes de la insolvencia disponen también que, una vez que se hayan otorgado medidas y que se haya levantado la paralización con respecto a determinados bienes gravados, los bienes pueden pasar a manos del acreedor garantizado. En tal caso, el acreedor garantizado podría ejecutar sus garantías reales en

virtud del derecho aplicable. Todo superávit que quedara como saldo después del pago de la obligación garantizada formaría parte de la masa de la insolvencia.

Un factor primordial vinculado a la protección del valor de los bienes gravados frente a toda disminución es el mecanismo para determinar a la vez el valor de esos bienes y el momento en que tiene lugar la evaluación, en función de la finalidad con que se requiere esa determinación. Puede ser preciso evaluar los bienes en diferentes etapas del procedimiento de insolvencia, como en el momento de la apertura, con una revisión del valor a lo largo del procedimiento, o bien durante el procedimiento. También cuenta el criterio sobre cuya base debe hacerse la evaluación (por ejemplo, la empresa como negocio en marcha o el valor de liquidación). El valor de un bien gravado puede, al menos inicialmente, determinarse mediante un acuerdo entre las partes antes de la apertura o puede requerir la determinación por el tribunal sobre la base de pruebas, inclusive una consideración de los mercados, las condiciones del mercado y las opiniones periciales.

9.12. UTILIZACIÓN Y ENAJENACIÓN DE BIENES GRAVADOS

Los acreedores garantizados estarán interesados en saber cómo se tratan los bienes gravados tras la apertura de un procedimiento de insolvencia. El tratamiento dado a esos bienes dependerá de las disposiciones del régimen de la insolvencia respecto de, por ejemplo, la aplicación de la paralización, la imposición de nuevos gravámenes sobre esos bienes, la utilización de los bienes durante el procedimiento de insolvencia, la venta o enajenación de los bienes, la renuncia a los bienes y la venta de los bienes gravados libres de toda garantía real.

La *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* recomienda que el régimen de la insolvencia permita que los bienes gravados sean utilizados o enajenados o nuevamente gravados mientras se adelanta el procedimiento de insolvencia. La Guía hace recomendaciones acerca de las condiciones en que los bienes gravados pueden venderse libres de toda garantía real (por ejemplo, cuando la garantía real sobre una bien se haga extensiva al producto de la venta de dicho bien) y las salvaguardias ofrecidas a los acreedores garantizados cuyos bienes gravados se vendan de ese modo, incluida la necesidad de notificar a los acreedores garantizados toda propuesta de venta o de otro tipo de enajenación de los bienes gravados y de darles la oportunidad de formular objeciones. (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo II, párrs. 74 a 89 y recomendaciones 52 a 59).

9.13. FINANCIACIÓN POSTERIOR A LA APERTURA

Tanto en los procedimientos de liquidación como en los de reorganización, el representante de la insolvencia puede precisar acceso a fondos para mantener en funcionamiento la empresa. Es posible que la masa no disponga de suficientes bienes líquidos para financiar los gastos previstos, en forma de dinero en efectivo o de otros bienes que puedan transformarse en efectivo (tales como el producto previsto de los créditos por cobrar) y que estos bienes no estén sujetos a garantías reales preexistentes que sean oponibles a terceros. Cuando no existen suficientes bienes líquidos no gravados o no se prevea una corriente de efectivo suficiente, el representante

de la insolvencia deberá solicitar financiación a terceros. Muchas veces, esas partes son los mismos prestamistas que otorgaron crédito financiero al deudor antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, y normalmente sólo estarán dispuestos a conceder el crédito necesario si reciben una garantía apropiada de que su crédito será reembolsado (ya sea en forma de un crédito prioritario, o de garantías reales prioritarias, sobre los bienes de la masa).

En cualquiera de estos arreglos de financiación (que se denominan colectivamente “financiación posterior a la apertura”) es esencial que los derechos de los acreedores garantizados previos a la apertura sobre el valor económico de los bienes gravados estén debidamente protegidos frente a toda disminución. Si bien, en circunstancias limitadas, algunos Estados permiten la constitución de una garantía real para respaldar la financiación concedida tras la apertura que tenga un grado de prelación superior a toda garantía real preexistente, la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* recomienda que la constitución de tal garantía real (a veces denominada “gravamen que prima”) sólo se permita cuando se cumplan determinadas condiciones, inclusive la de que los derechos de los acreedores garantizados previos a la apertura sobre el valor económico de los bienes gravados estén protegidos frente a toda disminución. La financiación posterior a la apertura se aborda con cierto detalle en los párrafos 94 a 107 (y en las recomendaciones 63 a 68 del capítulo II de la segunda parte) de la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*.

9.14. RÉGIMEN APLICABLE A LOS CONTRATOS

Cláusulas de extinción automática o de agilización

Las partes en acuerdos de garantía tienen interés en que en la insolvencia se aborden cláusulas que definan supuestos de incumplimiento que den lugar a la extinción automática o a la agilización de los pagos conforme al acuerdo. Si bien en algunos regímenes de la insolvencia se permite que esas cláusulas sean anuladas al abrirse el procedimiento de insolvencia, este criterio aún no se ha convertido en una característica general de los regímenes de la insolvencia. No obstante, la imposibilidad de interferir de ese modo en los principios generales del derecho de los contratos, puede hacer que la reorganización resulte imposible cuando el contrato se refiera, por ejemplo, a un bien que sea necesario para la reorganización o la venta de una empresa como negocio en marcha la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* recomienda que dichas cláusulas sean ejecutables contra el representante de la insolvencia y el deudor.

Toda repercusión negativa de una política de anulación de estos tipos de cláusula puede contrarrestarse ofreciendo compensación a los acreedores que puedan demostrar que han sufrido un perjuicio o una pérdida como consecuencia de la continuación de la aplicación de un contrato después de la apertura de un procedimiento de insolvencia, o haciendo una excepción a la anulación de tales cláusulas cuando se trate de determinados tipos de contrato. La *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* recomienda que entre los contratos exceptuados de una anulación general se incluyan los contratos financieros, y señala que posiblemente se requieran reglas especiales en el caso de los contratos laborales.

Mantenimiento o rechazo de contratos

En los regímenes de la insolvencia se trata de distintas maneras la cuestión de seguir ejecutando contratos o de rechazarlos. La *Guía sobre la Insolvencia* aborda una serie de cuestiones relacionadas con el régimen aplicable a los contratos una vez abierto el procedimiento de insolvencia, inclusive los procedimientos para determinar si los contratos deben seguir cumpliéndose o si deben rechazarse, el régimen aplicable a los contratos cuando el deudor haya incumplido al comienzo del procedimiento de insolvencia, los efectos de seguir cumpliendo o de rechazar los contratos, los arrendamientos, las cesiones de contratos, los tipos de contrato para los que pudieran requerirse excepciones y los contratos concertados después de la apertura (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo II, párrs. 108 a 147 y recomendaciones 69 a 86). En cualquier caso, lo importante para un acreedor garantizado es que el rechazo de un acuerdo de garantía no cancele o menoscabe de otra manera las obligaciones garantizadas ya contraídas ni extinga la garantía real, y que con frecuencia los contratos financieros y los compromisos de conceder préstamos queden exceptuados del régimen de la insolvencia que rige de forma más general el tratamiento de los contratos (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo II, párrs. 208 a 215 y recomendación 101).

9.15. PARTICIPACIÓN DE LOS ACREEDORES GARANTIZADOS EN PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

Cuando los bienes gravados formen parte de la masa de la insolvencia y los derechos de los acreedores garantizados se vean afectados por procedimientos de insolvencia, estos acreedores deberían tener derecho a participar en el procedimiento de insolvencia. Esa participación puede adoptar diferentes formas. En algunos regímenes incluye el derecho a ser oído y a comparecer en el procedimiento, en tanto que en otros incluye el derecho a votar sobre determinadas cuestiones especificadas tales como la selección (y la destitución) del representante de la insolvencia y la aprobación de un plan de reorganización, prestar asesoramiento al representante de la insolvencia cuando se solicite o sobre cuestiones especificadas en el régimen de la insolvencia, y otras funciones y obligaciones que determinen el régimen de insolvencia, los tribunales o el representante de la insolvencia. En algunos casos, el alcance del derecho del acreedor garantizado a votar sobre determinadas cuestiones puede depender de si la obligación garantizada excede el valor de los bienes gravados; cuando ese valor es inferior, el acreedor garantizado podría participar, como acreedor no garantizado, en la medida en que su obligación no pueda ser satisfecha con cargo al bien gravado.

En la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* se examinan cuestiones referentes a la participación de los acreedores en general, así como los mecanismos a que puede recurrirse para facilitar tal participación.

9.16. PROCEDIMIENTOS DE REORGANIZACIÓN

Aprobación de un plan de reorganización

La cuestión de si un acreedor garantizado tendrá o no derecho a participar en la aprobación de un plan de reorganización dependerá de la manera en que el régimen de la insolvencia trate a los acreedores garantizados y, en particular, del grado en que un plan de reorganización puede modificar o menoscabar las garantías de tales acreedores y de la medida en que el valor del bien gravado satisfaga el crédito del acreedor garantizado. Cuando el valor del bien gravado no es suficiente para satisfacer el crédito del acreedor garantizado, éste puede participar a la vez como acreedor garantizado y como acreedor no garantizado.

Cuando en un plan de reorganización se proponga menoscabar o modificar los derechos de los acreedores garantizados, éstos deberían tener la oportunidad de participar en la votación de aprobación de dicho plan. Con ese fin, en algunos regímenes de la insolvencia se clasifican los acreedores, inclusive los acreedores garantizados, en función de la naturaleza de sus derechos y garantías. Conforme a algunos regímenes, los acreedores garantizados votan juntos pero como categoría separada de los acreedores no garantizados; en otros regímenes, cada acreedor garantizado constituye una categoría propia.

Cuando los acreedores garantizados participan en el proceso de aprobación, se plantea la cuestión de si quedan vinculados por el plan, aunque voten en contra de él o se abstengan de votar. Cuando los acreedores garantizados votan por categorías, algunos regímenes de la insolvencia disponen que, en la medida en que el plan se apruebe por la mayoría requerida de votos de cada categoría, los miembros disconformes de una categoría en que se dé esta situación quedarán vinculados por el plan, a reserva de ciertas salvaguardias (por ejemplo, percibirán, conforme al plan, por lo menos la misma suma que habrían cobrado en caso de liquidación, o se les pagará íntegramente en un determinado plazo y con los intereses vigentes en el mercado). En la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* se examinan con cierto detalle los procedimientos de reorganización (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo IV, párrs. 26 a 75 y recomendaciones 139 a 159), incluida la participación de los acreedores garantizados en la votación (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo IV, párrs. 34 a 39 y recomendaciones 146, 150 y 151).

Valoración de los bienes gravados

La *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* dispone que, en virtud de un plan confirmado por un tribunal, cada uno de los acreedores, inclusive un acreedor garantizado, debería percibir, conforme al plan, al menos una suma idéntica a la que habría cobrado en una liquidación.

Procedimientos de reorganización agilizados

En los últimos años se ha prestado especial atención a la elaboración de procedimientos de reorganización agilizados (es decir, procedimientos abiertos con el

fin de dar efecto a un plan negociado y convenido por los acreedores afectados en negociaciones voluntarias de reestructuración que hayan tenido lugar antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, en que el régimen de la insolvencia permite al tribunal agilizar la sustanciación de esos procedimientos). En las negociaciones voluntarias de reestructuración emprendidas antes de la apertura de procedimientos intervendrán por lo general los acreedores, inclusive los acreedores garantizados, cuya participación sea necesaria para asegurar una reorganización eficaz o cuyos derechos vayan a verse afectados por la reorganización.

Los requisitos sustantivos para tales procedimientos agilizados de reorganización incluirían esencialmente las mismas salvaguardias y medidas de protección que se disponen en los procedimientos plenos de reorganización bajo supervisión judicial. No obstante, dado que el plan de reorganización ya ha sido negociado y convenido por la mayoría requerida de acreedores en el momento en que se abre el procedimiento agilizado, es posible que puedan modificarse o que deban aplicarse varias disposiciones procesales previstas por un régimen de la insolvencia que regule los procedimientos plenos bajo supervisión judicial (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo IV, párrs. 87 a 92 y recomendaciones 160 a 168).

9.17. RÉGIMEN APLICABLE A LOS CRÉDITOS GARANTIZADOS

Una cuestión importante para los acreedores garantizados es saber si se les pedirá que presenten sus créditos en procedimientos de insolvencia. En los regímenes de la insolvencia que no incluyen los bienes gravados en la masa y que permiten a los acreedores garantizados ejecutar libremente sus garantías reales utilizando los bienes gravados, los acreedores garantizados pueden ser eximidos del requisito de presentar un crédito. En tales casos, sólo necesitarán presentarlo en la medida en que su crédito no haya quedado liquidado por el valor de la venta del bien gravado (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo V, párrs. 1 a 50 y recomendaciones 169 a 184).

Según otro enfoque, se exige a los acreedores garantizados que presenten créditos por el valor total de sus garantías reales, independientemente de que la garantía no cubra íntegramente el importe del crédito. Este requisito se limita, en algunos regímenes, a los titulares de ciertos tipos de garantía real, como los gravámenes flotantes, las compraventas con garantía o las garantías sobre bienes muebles. Algunos regímenes de la insolvencia también permiten a los acreedores garantizados entregar sus garantías reales al representante de la insolvencia y presentar una reclamación por el valor total de la obligación garantizada. El motivo que justifica el requisito de que los acreedores garantizados presenten créditos es que de este modo se proporciona información al representante de la insolvencia sobre la existencia de todos los créditos, sobre el importe de la obligación garantizada y la descripción de los bienes gravados. Sea cual fuere el enfoque adoptado, es conveniente que en un régimen de la insolvencia se prevean reglas claras sobre la forma de tratar a los acreedores garantizados en lo que respecta a la presentación de sus créditos.

Cuando no pueda determinarse o no se haya determinado el importe reclamado en el momento en que deba presentarse el crédito, muchos regímenes de la

insolvencia prevén que el crédito se admita provisionalmente, siempre que se le dé un valor hipotético (véase *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, recomendación 178).

La valoración de tales créditos plantea una serie de cuestiones, como la del momento en que deberá efectuarse la valoración, si debe establecerse el valor definitivo (en cuyo caso se ocupará de ello un tribunal) o estimado (de lo que podría encargarse el representante de la insolvencia, el tribunal o alguna otra persona que se designe) (véase *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, recomendación 179).

Cuando corresponda a un tribunal zanjar la cuestión, habrá que determinar el tribunal competente (por ejemplo, el tribunal de la insolvencia o algún otro tribunal) y la forma en que la demora del proceso de valoración puede repercutir en la sustanciación del procedimiento de insolvencia. En cuanto al momento de la valoración, muchos regímenes de la insolvencia disponen que se vincule a la fecha efectiva de apertura del procedimiento (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo V, párr. 38 y recomendación 179).

9.18. CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS GARANTIZADOS POR GRADO DE PRELACIÓN

En un régimen de las operaciones garantizadas se fija el grado de prelación de las garantías reales de los diversos reclamantes, incluidos los demás acreedores arantizados y no garantizados del deudor, los acreedores judiciales que dispongan de una garantía sobre bienes gravados y los compradores de bienes gravados.

En muchos regímenes de la insolvencia se reconoce el grado de prelación de las garantías reales previo a la insolvencia y se da mayor prelación a los créditos garantizados que a los gastos administrativos y a otros créditos (por ejemplo, los impuestos o los sueldos). Esos regímenes disponen que los créditos garantizados se satisfagan con cargo al producto de la venta de los bienes gravados de que se trate o con cargo a fondos generales, según la manera en que los bienes gravados sean tratados en la insolvencia (véase *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, recomendación 188). Sin embargo, cuando el representante de la insolvencia ha gastado recursos no gravados de la masa para mantener o preservar el valor de los bienes gravados, esos gastos pueden obtener un mayor grado de prelación, incluso por encima de un crédito garantizado y, en consecuencia, pueden tener que pagarse con cargo al producto de la venta de los bienes gravados o de otro tipo de valor atribuible a dichos bienes (véase la recomendación 238 de la presente Guía).

En otros regímenes de la insolvencia se da a los créditos garantizados menor prelación que a los gastos administrativos y a otros créditos especificados (y por lo general no garantizados) (por ejemplo, a los sueldos o impuestos) o se limita a un porcentaje fijo de un crédito garantizado la cantidad en función de la cual dicho crédito obtendrá un mayor grado de prelación. La concesión de un mayor grado de prelación a determinados créditos no garantizados, que se basa a menudo en consideraciones de política social, repercute en el costo y la oferta de crédito garantizado. El criterio de restringir la cantidad que un acreedor garantizado puede

percibir del valor de los bienes gravados se aplica a veces con respecto a una garantía real sobre la totalidad de los bienes del deudor, a fin de dar cierta protección a los acreedores no garantizados (fijándose a menudo un tope máximo).

Según otro enfoque, cabe permitir la clasificación de los acreedores garantizados después de la apertura antes de la de los derechos de los acreedores garantizados existentes en el momento de la apertura, siempre y cuando puedan protegerse las garantías reales de los acreedores preexistentes (véase *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, recomendaciones 66 y 67).

Es conveniente que en las situaciones en que un régimen de la insolvencia concede privilegios especiales a ciertos tipos de créditos dándoles mayor prelación que a las garantías reales (por ejemplo, un privilegio para el pago de impuestos o de otros créditos no garantizados), se mantengan al mínimo tales privilegios y se enuncien claramente o se haga una clara referencia a ellos en el régimen de la insolvencia (véase la recomendación 80 de la presente Guía). De este modo se asegurará que el régimen de la insolvencia sea transparente y previsible en cuanto a sus repercusiones para los acreedores y permitirá a los acreedores garantizados evaluar con mayor precisión los riesgos que pueda entrañar la concesión de crédito.

Estas cuestiones se abordan con mayor detalle en la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo V, párrafos 51 a 79 y recomendaciones 185 a 193.

Como ya se ha mencionado, el régimen de la insolvencia suele respetar la prelación que tiene una garantía real previamente a la apertura (cuando la garantía real haya adquirido eficacia frente a terceros antes de la apertura o posteriormente, pero dentro de un período de gracia), a reserva de cualquier otro privilegio que el régimen de la insolvencia conceda a otros créditos. Lo mismo ocurre con la prelación de las garantías reales establecidas por subordinación (es decir, cambio del grado de prelación de una garantía real mediante acuerdo, por orden judicial o incluso de forma unilateral; véase la recomendación 237 de la presente Guía). Sin embargo, la subordinación no debería dar lugar a que se otorgara a un acreedor garantizado, ya fuera un acreedor individual o un miembro de una categoría de acreedores garantizados, un grado de prelación superior al que le corresponda en virtud de la ley aplicable. Esto significa que, si los acreedores garantizados A, B y C tienen un grado consecutivo de prelación, es decir, si A es el primero, B el segundo y C el tercero, y A subordina su crédito garantizado al de C, B no obtendrá mayor prelación que la que habría tenido A con respecto del importe del crédito de A.

También significa que todo acreedor garantizado que obtenga una subordinación de un acreedor garantizado perteneciente a una determinada categoría no podrá obtener un grado de prelación superior al de dicha categoría de acreedores.

9.19. OPERACIONES DE FINANCIACIÓN DE ADQUISICIONES

El tratamiento dado en la insolvencia a las garantías reales y a otros derechos que tengan de hecho la función de garantizar el cumplimiento de una obligación es una preocupación fundamental de los acreedores del comprador, del arrendatario o del prestatario. Este tratamiento puede variar a veces en función de la forma en que se caracterice un determinado derecho en un régimen de las operaciones

garantizadas, y el tratamiento que se les dé en ese régimen determinará, por lo general, el que recibirán en el marco de la insolvencia.

En los Estados que integran todas las formas de derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones en sus regímenes de las operaciones garantizadas, las operaciones de retención de la titularidad y los arrendamientos financieros son tratados, en la insolvencia del deudor, del mismo modo que una garantía real que no sea para financiar el pago de una adquisición, reconociéndose todo grado especial de prelación concedido a la garantía real del pago de una adquisición conforme a legislación no relacionada con la insolvencia. El mismo resultado se daría cuando el régimen de las operaciones garantizadas determinase que una operación da lugar a una garantía real. En consecuencia, las disposiciones de la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* que son aplicables a las garantías reales se aplicarían igualmente a las diversas garantías reales del pago de una adquisición.

Cuando los Estados mantienen bajo denominaciones separadas las operaciones de retención de la titularidad y las operaciones de arrendamiento financiero, el régimen de las operaciones garantizadas a menudo no trata los bienes que son objeto de dichas operaciones como bienes sujetos a una garantía real sino como bienes de propiedad del vendedor o del arrendador. Por consiguiente, las disposiciones de la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* relativas a los bienes propiedad de terceros se aplicarían también a esas operaciones (véase recomendación 198, variante B, capítulo XI, enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones, de la presente Guía).

En cualquier caso, prescindiendo de si una garantía real del pago de una adquisición es tratada, en el procedimiento de la insolvencia, conforme a las reglas aplicables a las garantías reales o conforme a las reglas aplicables a los contratos y a los bienes propiedad de terceros, todas las garantías reales del pago de una adquisición deberían estar sujetas a los efectos de la insolvencia que se especifican en la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*. En ambas variantes del enfoque no unitario (véanse las variantes A y B de la recomendación 198 de la presente Guía), puede ser importante tomar nota de que en la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* se recomienda a menudo que se dé un trato idéntico a los titulares de garantías reales y a los bienes propiedad de terceros. Tal es el caso, por ejemplo, en lo que respecta a la recomendación 88 de la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* (acerca de la aplicación de los poderes de anulación a, entre otras cosas, las garantías reales); a la recomendación 35 (relativa a la inclusión de los derechos del deudor sobre bienes gravados que constituyan la masa de la insolvencia); a las recomendaciones 39 a 51 (relativas a la aplicación de medidas cautelares y de una paralización a los bienes gravados y la exoneración de los efectos de la paralización); a la recomendación 52 (relativa a la utilización y enajenación de bienes de la masa, inclusive de los bienes gravados); a la recomendación 54 (relativa a la utilización de los bienes propiedad de terceros); y a las recomendaciones 69 a 86 (relativas al régimen aplicable a los contratos).

ALCANCES Y EFECTOS DE LA CONVENCION RELATIVA A GARANTIAS INTERNACIONALES DE BIENES DE EQUIPO MOVIL Y SUS PROTOCOLOS Y LA LEY MODELO SOBRE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA SOBRE LA LEGISLACION ARGENTINA Y LA PROMOCION DE INVERSIONES EXTRANJERAS.

CONCLUSIONES

El avance científico y tecnológico del planeta ha crecido exponencialmente desde la segunda mitad del siglo XX. Luego de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, el desarrollo de la ciencia, la tecnología, la información, las telecomunicaciones, la informatización y la automatización pasaron a ser factores esenciales para el surgimiento de la “globalización”, que se ha inscripto como un fenómeno de mercado sin límites y como factor clave de la lucha por el poder, y que ha originado la ingente necesidad de llevar adelante numerosos y diversos intentos de armonización y unificación legislativa. De este modo, el derecho internacional está dando a luz nuevas herramientas, que no resultan tan novedosas por la creación de institutos originales como por el hecho de tensar al máximo el esfuerzo por obtener soluciones jurídicas idóneas, aptas para resolver las nuevas situaciones que se producen -o se producirán- en el complejo escenario interactivo del siglo XXI.

A nivel intergubernamental se trabaja con el propósito de consensuar instrumentos jurídicos internacionales que permitan desarrollar emprendimientos de gran envergadura económica con inversión proveniente de capitales privados. Esta tarea se realiza teniendo en cuenta que los Estados no pierdan la posibilidad de monitorear aspectos regulados por el derecho local y de efectuar las reservas que entiendan convenientes a los efectos de preservar su supremacía en la medida en que lo juzguen necesario, frente a esta clase de normas de carácter internacional.

En la actualidad se está incrementando el rol de las instituciones internacionales y el poderío de las empresas transnacionales y de las sociedades constituidas en el extranjero que se incorporan al tráfico mercantil local realizando diversas inversiones.

Para atraer inversiones extranjeras se negocian Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), y a través de ellos el inversor se asegura la protección de sus derechos.

La creación de garantías reales, bancarias o de seguros que respaldan el riesgo empresario y las contingencias que sucedan en el desenvolvimiento de su actividad son reconocidas a nivel nacional e internacional.

En ese contexto, el Instituto Internacional para la Unificación Universal del Derecho Privado (UNIDROIT)¹⁴² está trabajando en la *Convención relativa a Garantías Internacionales sobre Bienes de Equipo Móvil y sus Protocolos*¹⁴³, estableciendo un sistema de garantías de reservas de dominio o de garantías arrendatarias que puedan proporcionarle al acreedor medios de defensa en caso de incumplimiento o insolvencia del deudor.

¹⁴² UNIDROIT es una organización intergubernamental integrada por cincuenta y nueve Estados entre los que se encuentra la República Argentina, cuya misión consiste en estudiar la manera de armonizar y coordinar el Derecho Privado de los estados y preparar gradualmente la adopción de una legislación de derecho privado uniforme a través de la confección de leyes modelo y, en algunas ocasiones, de convenios internacionales.

¹⁴³ Se acompaña en ANEXO.

Asimismo, la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)¹⁴⁴ (CNUDMI) ha elaborado la *Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza*¹⁴⁵, con una Guía para su incorporación al derecho interno de los Estados.

Una convención o un convenio se celebra con el objeto de unificar el derecho, al establecer obligaciones jurídicas vinculantes. Para ser parte en una convención, se solicita formalmente a los Estados que presenten un instrumento de ratificación o adhesión vinculante ante el depositario (respecto de las convenciones o convenios preparados por la CNUDMI, ante el Secretario General de las Naciones Unidas). La entrada en vigor de una convención depende habitualmente de que se deposite una cantidad mínima de instrumentos de ratificación.

A menudo una convención se utiliza cuando el objetivo es lograr un alto grado de armonización del derecho de los Estados participantes, reduciendo así la necesidad de que un Estado Parte deba realizar investigaciones sobre el derecho de otro Estado Parte. La obligación internacional asumida por ese Estado al adoptar la convención tiene como fin garantizar que la ley de dicho Estado Parte se ajuste a las disposiciones establecidas en la convención de que se trate. Si no se puede lograr un alto grado de armonización o si se desea alcanzar un mayor grado de flexibilidad que sea adecuado para la cuestión examinada, cabría entonces utilizar una técnica de armonización diferente, como, por ejemplo, una ley modelo o una guía legislativa.

Salvo en la medida que permite la formulación de reservas o declaraciones, las convenciones confieren poca flexibilidad a los Estados que las adoptan. Las convenciones negociadas en el ámbito de la CNUDMI generalmente no permiten formular reservas ni declaraciones o las permiten de manera muy restringida. En algunos casos, la facultad para formular una reserva o declaración representa un compromiso que posibilitará a algunos Estados ser parte en la convención sin obligarse a observar la disposición a la que se refiere la reserva o declaración.

Una ley modelo es un texto legislativo que se recomienda a los Estados que lo adopten y lo incorporen a su derecho interno. Es un medio adecuado para la modernización y armonización de las leyes nacionales si se prevé que los Estados desearán o necesitarán introducir modificaciones en el texto del modelo para ajustarlo a las necesidades de cada país, que varían en función de cada ordenamiento jurídico, o cuando no sea necesaria o conveniente una estricta uniformidad. Es precisamente esa flexibilidad lo que contribuye a que la ley modelo sea potencialmente más fácil de negociar que un texto en el que figuren obligaciones que no pueden modificarse, y lo que fomenta una mayor aceptación de una ley modelo que de una convención que regule la misma temática. No obstante esa flexibilidad, a los efectos de aumentar las posibilidades de alcanzar un grado satisfactorio de unificación y brindar certeza respecto del grado de unificación, se alienta a los Estados a que rea-

¹⁴⁴ UNCITRAL es un organismo intergubernamental subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas con el mandato general de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional.

¹⁴⁵ Se acompaña en ANEXO.

licen la menor cantidad de modificaciones posible al incorporar una ley modelo a su ordenamiento jurídico interno.

La CNUDMI concluye y adopta las leyes modelo generalmente en sus períodos de sesiones anuales, contrariamente a lo que sucede con la adopción de una convención, que es necesario la convocatoria a una conferencia diplomática.

Este factor tal vez contribuya a que la preparación de una “ley modelo” resulte menos costosa que una convención, salvo que la Asamblea General adopte la convención asumiendo las funciones de una conferencia diplomática, tal como ha ocurrido en la mayoría de las últimas convenciones preparadas por la CNUDMI.

Las últimas leyes modelo que ha elaborado la CNUDMI se han complementado con sendas guías para su incorporación al derecho interno, en las que figura información de antecedentes y demás explicaciones para orientar a los gobiernos y legisladores en la utilización del texto. En estas guías figura, por ejemplo, información de ayuda para los Estados al determinar qué disposiciones de la ley modelo podría haber que modificar eventualmente para tomar en consideración las circunstancias nacionales específicas, la información sobre las deliberaciones del Grupo de Trabajo acerca de las posibles opciones y otras consideraciones, así como cuestiones no abordadas en el texto de la ley modelo que, sin embargo, tal vez sean pertinentes en relación con la temática de la ley modelo.

Por varias razones, no siempre es posible redactar disposiciones específicas de una manera adecuada o separada, como, por ejemplo, una convención o ley modelo, para su incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales. Los ordenamientos jurídicos nacionales a menudo utilizan técnicas y criterios legislativos muy dispares para resolver una determinada cuestión; los Estados tal vez aún no estén preparados para llegar a un acuerdo sobre un criterio único o una regla común; tal vez no exista consenso sobre la necesidad de encontrar una solución uniforme para un determinado problema; o quizás existan diferentes niveles de consenso sobre cuestiones clave respecto de un tema particular y sobre la manera en que deberían abordarse.

En tales casos, tal vez sea adecuado no tratar de elaborar un texto uniforme, sino limitarse a establecer principios o recomendaciones legislativas.

A fin de fomentar el objetivo de la armonización y de ofrecer un modelo legislativo, los principios y recomendaciones deberían ser más que una simple declaración de objetivos generales. Dicho texto proporcionaría un conjunto de posibles soluciones legislativas para determinadas cuestiones, pero no necesariamente un conjunto único de soluciones modelo para tales cuestiones. En algunos casos, quizá sea adecuado prever variantes, en función de consideraciones pertinentes. Al analizarse las ventajas e inconvenientes de las diferentes decisiones, el texto ayudaría al lector a evaluar los diferentes criterios y a elegir el más adecuado para un determinado contexto nacional. También podría utilizarse el texto para brindar un referente normativo sobre cuya base tanto los gobiernos como los órganos legislativos pudieran examinar la idoneidad de las leyes, reglamentos, decretos y textos legislativos similares vigentes en un determinado ámbito y así actualizar dicha legislación o renovarla.

La CNUDMI en 2004 adoptó la *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*. Actualmente se está preparando una *Guía Legislativa sobre las Operaciones Garantizadas*.

No se puede negar el poder que ejercen las empresas multinacionales sobre los estados en los cuales funcionan, ya que la economía moderna es en gran medida la economía de las multinacionales, por lo cual estas intervienen inclusive en la soberanía estatal, teniendo una incidencia directa en los problemas de la inflación y las crisis monetarias, dado que dichas empresas ejercen una presión cada vez mayor sobre los precios, debido a sus planes de inversión a largo plazo, llevando a cabo una práctica que consiste en consignar todos sus débitos en la moneda mas débil, y cobrar sus créditos en la moneda mas fuerte.

La ausencia de una legislación y de controles supranacionales permite una libertad de acción que no atiende a la responsabilidad, convirtiendo a las multinacionales en las líderes del libre comercio, oponiéndose a cualquier regulación de sus actividades en todo el planeta.

El Estado debe establecer controles eficaces frente a la inversión extranjera, la protección del patrimonio histórico, las tradiciones y costumbres de los pueblos y la defensa de los consumidores.

Las empresas multinacionales se constituyen, en general, como sociedades comerciales.

El art. 1 de la Ley 19.550 (LSC) define a la sociedad comercial diciendo: “*Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción e intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas*”.

Se puede decir que además de los actos jurídicos correspondientes al objeto social, la persona jurídica societaria, goza en general de los mismos derechos que los particulares para adquirir bienes, tomar y conservar la posesión de ellos, constituir servidumbres reales, recibir usufructos de las propiedades ajenas, herencias o legados por testamentos, donaciones por actos entre vivos, crear obligaciones o intentar en la medida de su capacidad de derecho, acciones civiles o criminales, (art. 41 C.C.). Del mismo modo puede la sociedad comercial ser demandada por acciones civiles y puede hacerse ejecución de sus bienes, (art. 42 C.C.).

Conforme al artículo 58 LSC, los administradores sólo la obligan por los actos que no sean extraños a su objeto; sólo tienen capacidad para la realización de su objeto y están limitados por la finalidad perseguida por la sociedad.

En referencia a la nacionalidad de las personas jurídicas, nuestro país se enrola en la doctrina de la “extraterritorialidad parcial”.

El sistema de la extraterritorialidad parcial brinda la siguiente solución: “la persona jurídica tiene amplia capacidad, de pleno derecho, para la realización de actos catalogados como de capacidad genérica, en cualquier Estado, bastando para ello que esté de acuerdo en cuanto a su capacidad, forma y existencia con la ley del país de su constitución o domicilio, de acuerdo al punto de conexión que se elija. En cambio, para los actos que hacen a la capacidad específica, debe ajustarse a los re-

quisitos o formalidades que imponga la ley del lugar donde quiera practicarlos, o instalar sucursal o asiento permanente".¹⁴⁶

La sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y formas por las leyes del lugar de constitución. Se halla habilitada para realizar en el país actos aislados y estar en juicio, (art. 118 LSC).

Las sociedades constituidas en el extranjero no necesitan de autorización, inscripción o publicidad especial para realizar los "actos aislados" o similares.

El alcance de la expresión "actos aislados" debe interpretarse con criterio restrictivo.

Los actos considerados como "aislados" pueden tener relevante significación económico-patrimonial, así como operaciones de constitución de derechos reales sobre inmuebles, tales como: adquisiciones de dominio y constitución o cesión de hipotecas, en las cuales el adquirente del dominio o el acreedor hipotecario o su cesionario, es una sociedad constituida en el extranjero. La sociedad extranjera que realice algunos de estos actos autocalificados como "aislados" o similares en el país no requieren entonces, de la registración ante la IGJ, pero eventualmente la sociedad extranjera, podrá estar en juicio a consecuencias de estas operaciones y negocios que realice por medio de su representante.

Diferentes fallos judiciales han considerado la inoponibilidad de la actuación de la sociedad constituida en el extranjero no inscripta y la consiguiente falta de posibilidad de reclamo de derechos emergentes de actos celebrados en infracción al régimen de publicidad aplicable a la actuación habitual.

Deben establecerse estándares mínimos de transparencia y administración societaria a fin de promover la comunicación y cooperación. A los efectos de la sana evaluación del riesgo se recomienda la divulgación de la información básica, que incluye: estados financieros, estadísticas operativas y flujos de caja detallados.

La legislación de sociedades y sus normas reglamentarias deben orientar la conducta de los accionistas de las entidades tomadoras de crédito.

El directorio de una empresa debe ser responsable e independiente de la administración gerencial, y estar sujeto a rendición de cuentas de la gestión, según las mejores prácticas de la administración societaria. La ley debe imponerse de manera imparcial y coherentemente. Los sistemas de insolvencia y de derechos de los acreedores interactúan y están afectados por estos sistemas adicionales, y son más efectivos cuando se adoptan las buenas prácticas en otros aspectos importantes del sistema legal, particularmente en el derecho comercial.

Las reglas económicas en el mundo globalizado se modifican y generan nuevas formas de instrumentación: acuerdos bilaterales, regionales y multilaterales de inversiones extranjeras como fuente de financiamiento para que los gobiernos las incorporen a sus políticas de crecimiento.

En la actual etapa de globalización de la producción, las empresas buscan su articulación planetaria, lo que conduce a que las corporaciones internacionales desplacen sus inversiones a los distintos países. Para garantizar el modo de acumula-

¹⁴⁶ Kaller de Orchansky, Berta, Manual de Derecho Internacional Privado, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1979, p. 235.

ción, despliegan su influencia sobre las políticas de los pueblos con el objeto de permanecer insertos en el escenario económico mundial. Participan en la expansión de las inversiones mundiales: las fusiones, adquisiciones, las “joint venture”, los acuerdos de investigación y desarrollo conjunto entre varias empresas. Las IED disminuyen cuando no hay fusiones y adquisiciones o préstamos a compañías relacionadas.

La inversión en los mercados emergentes es desalentada por falta de reglas de asignación de riesgo predecibles y bien definidas y por aplicación incoherente de las leyes. Asimismo, durante las crisis sistémicas los inversores frecuentemente exigen primas de riesgo inciertas demasiado onerosas para permitir la depuración de los mercados. Algunos inversores pueden evitar por completo los mercados emergentes a pesar de que los recuperos previstos superen ampliamente los riesgos conocidos. La falta de transparencia y certeza erosiona la confianza entre los acreedores extranjeros y mina su voluntad de otorgar crédito.

En general, se discute si las IED han tenido o no un impacto positivo sobre el ritmo de formación de capital en la economía. Es evidente que las IED recibidas por las filiales en el país determinó que varias empresas multinacionales o regionales hayan desplazado del protagonismo a las empresas nacionales.

A veces las IED son aportes de capital realizado por la casa matriz a su filial, la reinversión de utilidades obtenidas por la filial y créditos intrafirma. Se registran movimientos de divisas que se realizan entre residentes y no residentes pero que finalmente no indican formación de capital.

Durante las épocas de crisis, la reinversión es fuertemente negativa debido al aumento de los giros y a los pobres resultados que obtienen las empresas inversoras.

Por ello, los *Tratados Bilaterales de Inversión* (TBI) significan un avance más hacia un mundo dinámico y globalizado en el cual los países dependen cada vez más de las inversiones recíprocas. Los TBI a través de estándares legales mínimos, intentan ofrecer a los inversores extranjeros un marco jurídico seguro y estable, implementando mecanismos adecuados de solución a las controversias en garantía del cumplimiento de sus previsiones.

Como instrumento válido para la solución de controversias el procedimiento establecido por el **Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)** ofrece mecanismos viables con el objeto de promover la inversión extranjera y despolitizar los conflictos entre Estados y empresas foráneas.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos se regulan las relaciones entre acreedores y deudores. La obligación del deudor es satisfacer la prestación debida. Cuando la prestación debida no se cumple en tiempo y forma el deudor se convierte en incumplidor y le surge la obligación de resarcir el daño causado por el incumplimiento.

Cuando el deudor no repara voluntariamente el daño derivado de su incumplimiento, el orden jurídico le otorga al acreedor el derecho de satisfacción coactiva o forzada sobre el patrimonio del deudor.

¿Cómo hace el acreedor para cobrarse con los bienes del deudor? Tiene dos formas: a través de la ejecución individual o la ejecución colectiva.

Estas relaciones se rigen normalmente por dos principios generales. Primero, la ley normalmente establece que los bienes de un deudor constituyen la “prenda común” (a veces denominada también “patrimonio embargable”) de todos los acreedores. Todos los bienes de un deudor pueden ser embargados (salvo excepciones) y vendidos para satisfacer una obligación confirmada mediante sentencia favorable a uno de sus acreedores.

Segundo, en caso que no se haya obtenido dinero suficiente de la venta de los bienes para pagar a todos los acreedores en su totalidad, las deudas se satisfacen proporcionalmente y se pagan a prorrata.

La mayoría de los ordenamientos jurídicos también autorizan a algunos acreedores a obtener un derecho preferencial. Esta prelación puede derivar de una disposición legal o de la firma de un contrato de garantía real sobre bienes concretos del deudor o que se constituya una garantía personal.

La garantía personal es la garantía otorgada por una persona, dado que el deudor principal por quien se otorga la garantía ya se encuentra obligado frente al acreedor, la garantía personal debe ser una obligación personal asumida por otra persona distinta del deudor.

Existen distintos instrumentos, entre ellos, fianzas o garantías dependientes, garantías independientes, fianzas a primer requerimiento, carta de crédito stand by, etc.

La garantía real por otro lado, es un derecho otorgado sobre bienes de propiedad del deudor y que le otorga al acreedor garantizado una posición de privilegio.

Todos los bienes que integran el patrimonio del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones.

Los instrumentos jurídicos que brindan a los acreedores seguridad de cobro, y que también redundan en beneficio del propio deudor, por cuanto, existiendo, le permitirán obtener crédito con mayor facilidad, reciben el nombre genérico de “*garantías*”.

Las “garantías” suelen dividirse en legales y convencionales; reales y personales.

Las garantías personales, como por ejemplo: la fianza, puede ser legal, judicial o convencional. En este caso se agrega al deudor otro deudor que se obliga por igual o subsidiariamente con él.

Las garantías reales representan una seguridad más fuerte para el acreedor, ya que afectan y recaen directamente sobre la “cosa” o “cosas” cuyo valor puede apreciar el acreedor en el momento de la constitución, permitiendo su persecución y otorgando (salvo la anticresis) un derecho de preferencia en el cobro (privilegio).

Los países realmente exitosos no solo utilizan sus bienes inmuebles a su máximo alcance, sino también utilizan sus bienes muebles de igual manera.

En contraste, la mayoría de los países de América Latina le dan poca importancia a los bienes muebles como fuente de riqueza en el país y, por lo mismo, como valor en garantía de un préstamo. Esto es particularmente desventajoso debido al pequeño tamaño físico de muchos de esos países en donde, si la riqueza se concentra solo en bienes inmuebles, el crecimiento se verá siempre limitado por la superficie del país que nunca crecerá, mientras que los bienes muebles pueden existir

en infinito y pueden crecer no solo de manera aritmética sino de manera exponencial.

La *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias* intenta eliminar la incertidumbre del sistema de garantías mobiliarias sobre bienes muebles y, de tal manera, dar acceso a los beneficios de un sistema basado en los conceptos jurídicos que llevarán a un desarrollo económico significativo en nuestros respectivos estados. Tiene como objetivo principal el aprovechar el valor económico de los bienes muebles como garantía de un préstamo para crear una nueva fuente de capital en los estados miembros, que hoy en día es casi totalmente desaprovechada. Esta ley, que es el producto de un largo proceso de redacción en donde participaron expertos gubernamentales y no-gubernamentales de todos los países miembros de la OEA abarca varios conceptos y principios jurídicos que tienen dos otros objetivos: 1) dar una gran flexibilidad a las partes a una transacción, y 2) dar mayor certeza jurídica.

Uno de los pilares de una economía de crédito moderna es la capacidad para poseer y transferir libremente derechos sobre bienes y otorgar una garantía real a los proveedores de créditos respecto de dichos intereses y derechos, como un medio para ganar acceso al crédito a precios más asequibles. Las garantías reales desempeñan un rol importantísimo en una economía de mercado de buen funcionamiento. La legislación relacionada con el crédito garantizado atenúa los riesgos de incumplimiento para los prestamistas incrementando, de ese modo, el flujo de capitales y facilitando la financiación a bajo costo. Las discrepancias e incertidumbres del marco legal que regulan los derechos de garantía son las principales razones de los altos costos y de la falta de acceso al crédito, particularmente en los países en desarrollo.

Abordar la problemática de la insolvencia en la legislación nacional y hacerlo en el ámbito de la insolvencia transnacional exige extremar el análisis para encuadrar el problema y hallar las soluciones más acordes procurando conciliar los intereses de todos los acreedores e inclusive del mismo deudor.

El tema central de la elaboración doctrinaria se desarrolla en torno a la cesación de pagos, esa impotencia patrimonial que impide al deudor cumplir con sus obligaciones a medida que van venciendo.

La *Ley 24.522 sobre Concursos y Quiebras* de 1995 con las sucesivas reformas que sufrió a lo largo de estos años, trata el proceso de reorganización de la empresa (el concurso preventivo), el proceso liquidatorio (la quiebra), pero también surgen nuevas instituciones entre ellas el Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE) y el Salvataje o Cramdown.

“El derecho privado internacional se ha desarrollado en virtud del incremento de las relaciones económico-jurídicas, que exceden el territorio de un Estado, lo que se ha incrementado notablemente en los últimos años. Así, un deudor, extendiendo sus operaciones fuera de su país puede contraer obligaciones en el extranjero y tener allí también parte de su patrimonio. Esto ha llevado, atento las diferentes jurisdicciones involucradas, a desarrollarse los sistemas de unidad y pluralidad concursal internacional, los que resultan independientes del principio de unidad que rige los concursos en el derecho interno.

La quiebra es un procedimiento de ejecución forzada de los créditos sobre un patrimonio insuficiente que se liquida por la colectividad de acreedores bajo el principio de la comunidad de pérdidas.

En materia de quiebra internacional, se produce una especial complejidad, al proyectarse al tráfico externo, creándose la presencia de un enorme potencial de actuación para el derecho internacional privado.

En el Derecho Internacional Privado el tema de los procedimientos de insolvencia son de crucial importancia. En especial, cuando ante la insuficiencia patrimonial, la cesación de pagos o ante la presencia de hechos reveladores de la cesación de pagos, el deudor tiene bienes en más de un Estado o existen acreedores del deudor que no son del Estado en el que se ha abierto el procedimiento de insolvencia.

Cuando existen acreedores y deudores en varios países o cuando los créditos, las deudas o bienes afectados no están todos en una misma jurisdicción estatal, se habla de “insolvencia transnacional” o de “quiebra o concurso multinacional”.

Ante esta situación, existen países que prevén, en sus normas de Derecho Internacional Privado interno, los problemas que puede acarrear la quiebra o concurso multinacional y entre ellos se perfila legislativamente y doctrinariamente dos grandes corrientes orientadoras: la de la unidad, extraterritorialidad o universalidad de la quiebra, y la de la pluralidad o territorialidad. Junto a ellas han surgido también sistemas mixtos o dualistas con elementos de ambas posiciones.

A pesar de que los enfoques varían, los sistemas de insolvencia efectivos tienen una cantidad de propósitos y objetivos. Esos sistemas deben aspirar a: (i) integrarse con los más amplios sistemas legales y comerciales del país; (ii) maximizar el valor del activo de la empresa y del recupero de los acreedores; (iii) proveer tanto a la liquidación eficiente de las empresas inviables y la de aquellas cuya liquidación probablemente produzca un mayor retorno a los acreedores, como a la reorganización de las empresas viables; (iv) establecer un delicado equilibrio entre liquidación y reorganización, permitiendo la conversión sencilla de un proceso a otro; (v) proveer al trato igualitario de los acreedores situados de manera similar, incluyendo a los acreedores locales y extranjeros en tal situación; (vi) proveer a la resolución oportuna, eficiente e imparcial de las insolvencias; (vii) evitar el uso indebido del sistema de insolvencia; (viii) evitar el desmembramiento prematuro del activo del deudor por parte de los acreedores individuales que persiguen sentencias rápidas; (ix) proveer un procedimiento transparente que contenga, y aplique coherentemente, reglas claras de asignación de riesgos e incentivos para reunir y proporcionar información; (x) reconocer los derechos existentes de los acreedores y respetar la prioridad de los créditos mediante un proceso predecible y establecido; y (xi) establecer un marco para las insolvencias transfronterizas, con reconocimiento de procedimientos extranjeros.

Cuando una empresa no es viable, el impulso central de la ley debe ser la liquidación rápida y eficiente, para maximizar el recupero en beneficio de los acreedores. Las liquidaciones pueden incluir la preservación y venta de la empresa, diferenciada de la persona jurídica. Por otro lado, cuando la empresa es viable, entendiéndose que puede ser reorganizada, sus activos tienen frecuentemente más valor si

se los conserva en la empresa reorganizada que si se los vende en liquidación. El salvamento de una empresa preserva los puestos de trabajo, proporciona a los acreedores un recupero más importante basado en el mayor valor de la empresa en marcha, produce potencialmente un beneficio para sus propietarios, y logra para el país los frutos de una empresa reorganizada. El salvamento de una empresa debe promoverse a través de procedimientos formales e informales. La reorganización debe posibilitar un acceso rápido y fácil al proceso, proteger a todos los sujetos involucrados, permitir la negociación de un plan, habilitar a que la mayoría de los acreedores, que estén a favor de un plan u otro curso de acción, obligue a todos los demás acreedores (con sujeción a apropiadas protecciones), y prever mecanismos de supervisión para asegurar que el proceso no sea objeto de abusos. Típicamente, los procedimientos modernos de salvamento se ocupan de una gran cantidad de expectativas comerciales en los mercados dinámicos.

En el ámbito nacional, el artículo 4 de la ley 24.522 dice: “**Concursos declarados en el extranjero.** La declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor o del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República Argentina. Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el concurso en el extranjero, no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deban ser pagados en la República Argentina, para disputarles derechos que éstos pretenden sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado.

Pluralidad de concursos. Declarada también la quiebra en el país, los acreedores pertenecientes al concurso formado en el extranjero actuarán sobre el saldo, una vez satisfechos los demás créditos verificados en aquélla.

Reciprocidad. La verificación del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero, y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior, está condicionada a que se demuestre que, recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la república argentina puede verificarse y cobrar – en iguales condiciones en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero.

Paridad en los dividendos. Los cobros de créditos quirografarios con posterioridad a la apertura del concurso nacional, efectuados en el extranjero, serán imputados al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causa de créditos comunes. Quedan exceptuados de acreditar la reciprocidad los titulares de créditos con garantía real”.

Del análisis del párrafo tercero del artículo 4º de la ley 24.522 se concluye que debería, al menos, ser modificada, admitiendo la verificación de acreedores extranjeros que no pertenezcan a un concurso abierto en el exterior, pero condicionada a que se demuestre que, recíprocamente, un acreedor local puede verificarse y cobrar en iguales condiciones en concursos abiertos, ya en el país en el cual el crédito del acreedor extranjero es pagadero, ya en el país del domicilio o de la sede social de ese acreedor.

Debería usarse conceptos amplios acreedor “extranjero” y acreedor “local”, delegando la determinación de la calificación de estos términos al juzgador, en el caso concreto, en la convicción de que así podrán apreciarse mejor las particulares

conexiones existentes, pudiendo subsumirse en ellos conceptos similares, extranjeros, compatibles con los nacionales, y sin perjuicio de apuntar que, en último término, deberá calificarse según la *lex fori* siguiendo el criterio del lugar de pago de créditos.¹⁴⁷

Los puntos de conexión, no habiendo definiciones especiales, se califican por la *lex fori*.

Del análisis del párrafo cuarto del art. 4 de la ley 24.522 o se suprime “quirografarios” o se incorpora a los “privilegiados”.

La deducción ha de hacerse con respecto a los importes del o los dividendos a percibir en la proporción de cobro que se haya establecido, y no con respecto al crédito tal como ha sido verificado, pues sólo con la mecánica propuesta se puede lograr, aunque sea en parte, el objeto de paridad en los dividendos. “En parte” porque la igualdad sólo se restablecería cuando lo cobrado fuera del país fuese totalmente compensado con los dividendos retenidos.

En opinión de la Dra. Uzal la norma debería quedar redactada de la siguiente forma: “*Paridad de dividendos. Los cobros de créditos de acreedores verificados en el concurso nacional efectuados en el extranjero con posterioridad a su apertura, serán imputados a los dividendos correspondientes a sus beneficiarios por esa misma causa.*”

El juez del proceso podrá utilizar esta vía, también y en general, para hacer efectivas restituciones de fondos percibidos por un acreedor en el exterior, en fraude a la masa de acreedores local”.¹⁴⁸

La consideración de la insolvencia requiere atender a una compleja problemática que incluye datos de la realidad social, normativos, ideales y valorativos, referidos por ejemplo, a la propiedad, el crédito, la empresa, el capitalismo y la insolvencia propiamente dicha. Sobre estas bases se ha de construir la técnica de las soluciones.

En la búsqueda de soluciones posibles ha de propiciarse que los operadores del sistema jurídico enfoquen los problemas de insolvencia internacional con una perspectiva abierta hacia la cooperación y coordinación de procedimientos de insolvencia.

Ha de fomentarse:

- Una cooperación internacional armonizada para obtener el reconocimiento y ejecución coordinados de sentencias nacionales y extranjeras;
- El necesario auxilio procesal internacional para medidas cautelares de conservación, administración y liquidación de los bienes;
- El reconocimiento internacional del rol de los funcionarios concursales para instar esa cooperación;

¹⁴⁷ Boggiano, Antonio, “Calificaciones como determinación de conceptos normativos indeterminados”, ob. Cit., Editorial depalma, 1983, T 1. Pág. 263/4.

¹⁴⁸ Uzal, María Elsa, *Panorama de la regulación de la insolvencia en el derecho comparado y en el derecho internacional privado argentino*, (Relato de la Sección Derecho Internacional Privado en el XIX Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho internacional y XV Congreso Argentino de Derecho Internacional (Mar del Plata, 27 a 29 de setiembre de 2007) en Anuario Argentino de Derecho Internacional , AADI XVI 2007, págs. 19 a 77,

- La introducción de reformas legislativas en el Derecho Internacional Privado y el Derecho Procesal Internacional de fuente interna, que posibiliten esas soluciones;
- La participación de acreedores y deudores en la búsqueda de soluciones preventivas al problema de la insolvencia internacional, orientadas a la conservación del orden económico interno, la empresa y el empleo;
- Ha de recomendarse la adopción en nuestro Derecho Internacional Privado de fuente interna de la Ley Modelo de UNCITRAL (CUNDMI) sobre Insolvencia Transfronteriza con las adecuaciones que resulten pertinentes;
- Debe señalarse la dificultad de implementar mecanismos de coordinación respecto de procedimientos cuyo trámite no se sigue a través de vías judiciales o administrativas institucionalizadas;
- Ha de procurarse la unidad en la elección de conexiones para la determinación del fuero así como del derecho aplicable y la cooperación y control del orden público como correctores jurídicos. Una eventual reforma legislativa de fuente interna debería admitir la posible concurrencia entre el juez argentino y los jueces extranjeros, competentes en procesos de insolvencia simultáneos -cada uno regido por la *lex concursus*- y con posibilidades de tener relaciones de cooperación jurisdiccional;
- Debe distinguirse la aplicación de la *lex fori concursus* en la regulación de la materia estrictamente concursal, de las diversas relaciones que suscitan otras cuestiones de distinta naturaleza vg. las verificaciones de crédito, que se rigen por las normas de Derecho Internacional Privado aplicables según la índole de esas relaciones;
- Cuando una sentencia extranjera deba ser examinada vg. a los efectos de fundar una declaración de concurso derivado o una verificación de crédito, deberá serlo con las mismas exigencias que se requieren para el reconocimiento y ejecución de sentencias, sin que sea necesario el trámite del *exequatur* (reconocimiento involucrado);
- Han de revisarse las disposiciones contenidas en el artículo 13 de la Ley 21.526 de Entidades Financieras a fin de procurar su armonización con el orden de privilegios eventualmente aplicable conforme al ordenamiento concursal de fuente interna e internacional;
- Debe estudiarse la problemática que plantea la situación del consumidor insolvente -tanto interna como internacional-, ligada, no solo al sobreendeudamiento de los consumidores y la ejecución colectiva de sus bienes, sino también, a la protección en su calidad de tal.

Para la tarea de modernización en esta área, Rouillón postula la adopción de un régimen moderno y eficiente que introduzca en la legislación interna reglas que posibiliten la *cooperación* internacional, el *reconocimiento* de los procesos concursales, y el *acceso* de los funcionarios y de los acreedores foráneos a estos últimos, así como el de nuestros funcionarios concursales y acreedores domésticos a los procesos extranjeros.

Ese régimen debería basarse en la *Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil In-*

ternacional (CNUDMI o UNCITRAL), como se hizo en el Proyecto del Ministerio de Justicia (2002).

La Ley Modelo facilita el reconocimiento local de los procesos concursales extranjeros (y de las decisiones judiciales que en ellos se dicten) e incrementa la posibilidad de cooperación internacional en esos casos. Contempla un alto grado de cooperación judicial, al establecer que los tribunales locales deben cooperar, en la mayor extensión posible, con los tribunales y síndicos (o representantes de la insolvencia) extranjeros.

Asimismo, los tribunales podrán comunicarse directamente entre ellos, y requerir información o asistencia del tribunal o síndico extranjero, de manera también directa, por cualquier medio que se considere apropiado.

Obviamente, los resultados beneficiosos de la Ley Modelo, sobre la cooperación judicial, habrán de percibirse en la medida en que un número significativo de países la adopte como ley interna.

En relación a la *Convención relativa a Garantías Internacionales de Bienes de Equipo Móvil y sus Protocolos*, constituyen una innovación radical en la regulación internacional de las garantías sobre bienes muebles de altísimo valor. La mayor preocupación es la percepción de que la ratificación de estos instrumentos podría equivaler a la incorporación de garantías no reconocidas previamente por un Estado. Esto significaría un cambio en la estructura jurídica del país, creando figuras legales novedosas que requerirían la adaptación de nuevos conceptos e ideas. Es por eso que la atención sobre la convención y protocolos ha comenzado a provocar estudios extensos, a la luz de constituciones, códigos civiles y comerciales y legislación del transporte.

A título de ejemplo puede mencionarse el caso de Australia, país que ha señalado que la Convención suscitó una serie de problemas conceptuales con respecto a la legislación doméstica australiana, especialmente en relación a la interacción entre los sistemas domésticos de registro de garantías y el propuesto sistema de registro internacional. Este país también cuestionó la posibilidad prevista en la Convención en cuanto a la adopción de medidas provisionales a favor del acreedor en caso de incumplimiento del deudor, medidas que pueden llegar a la venta o arrendamiento del equipo en cuestión, y sostuvo que esta clase de medidas deben ser adoptadas por el tribunal que conoce en la causa o por el ente administrativo respectivo, siempre que ellos puedan, además, pedir otros elementos de prueba más allá de la *prima facie* ofrecida por el acreedor.

En sentido similar, Suiza señaló la necesidad de establecer claramente cuál sería la relación entre el registro nacional y el registro internacional propuesto, enfatizando que es necesario establecer un lazo confiable entre ambos registros para evitar que una misma aeronave, por ejemplo, sea objeto de dos garantías distintas según el registro en el cual esté registrada.

Por su parte, Brasil ha expresado que le llaman la atención dos características sobresalientes de la Convención como lo son, en primer término, la visible influencia del derecho anglosajón en todas sus disposiciones, influencia que podría desalentar su adopción por parte de países de arraigada tradición en el derecho romano. En segundo lugar, destacó el énfasis que se le da en la Convención al apoyo

ofrecido al acreedor financiero, en desmedro de la aplicación de la legislación y tribunales nacionales. No obstante, señaló asimismo el beneficio que reportaría la eventual reducción de costos en el financiamiento de equipos móviles y mejores condiciones de acceso al financiamiento internacional.

Para la doctrina alemana, cuya legislación se basa al igual que Brasil y Argentina en el sistema de derecho civil romano, algunas reglas de la Convención fueron diseñadas para acomodar nociones angloamericanas más liberales sobre garantía y recursos o acciones, sin tomar en cuenta la posición más conservadora adoptada por la mayoría de las jurisdicciones de derecho civil¹⁴⁹. Sobre esa base, se estima improbable que la ratificación de los instrumentos internacionales examinados derive –al menos en un principio– en la disminución de los costos de financiamiento de los equipos móviles, pues el nuevo régimen tiende a crear nuevas problemáticas legales e invita a negociaciones entre las partes involucradas, algo que no es común en el sistema jurídico actual de países con tradición civilista romana donde, por otra parte, el ámbito legal actual no impone una prima sobre las tasas de préstamo en función de los posibles obstáculos legales que se pudieran anticipar.

Un tema conexo y no menos importante lo constituye la relación que existe entre las disposiciones de la Convención y los Protocolos y las leyes nacionales sobre procedimientos de insolvencia. Así por ejemplo, en el seno de la Unión Europea han sido varios los intentos de establecer una normativa comunitaria que vinculara a todos los Estados miembros y que hiciera posible el tratamiento universal de las situaciones de insolvencia en las que se vieran involucrados varios países comunitarios. Sin embargo, el excesivo celo nacionalista de algunos países a la hora de proteger el crédito nacional impidió, sucesivamente, que dichos intentos llegaran a convertirse en textos normativos vinculantes ya que el instrumento que se propuso era el de la firma de convenios multilaterales y dichos países se negaron a firmarlos. Finalmente, el reglamento Comunitario 1346/2000, adoptado por el Consejo el 29 de mayo, sobre Procedimientos de Insolvencia, de aplicación directa en todos los países miembros de la Unión Europea con excepción de Dinamarca, hizo posible este largo deseo de política legislativa a partir del 31 de mayo de 2002, fecha de su entrada en vigor. No obstante, el sistema diseñado no apuesta por una aplicación rígida de la universalidad de los procedimientos de insolvencia sino que, consciente de las dificultades reales de la aplicación absoluta de este principio, ha optado por el reconocimiento de procesos concursales secundarios en diversos territorios junto a un procedimiento principal. En rigor, el contenido del Reglamento se limita a tres cuestiones: 1) fijar la competencia internacional conforme a la que se designe al Estado miembro contratante cuyos tribunales pueden abrir un procedimiento de insolvencia así como la legislación aplicable, 2) establecer las disposiciones que regulan el reconocimiento del procedimiento de insolvencia y, en particular, la atribución a los órganos concursales de las facultades necesarias para actuar sobre los bienes situados en otros Estados y 3) establecer las normas que articulan la relación

¹⁴⁹ SCHMALENBACH, Dirk, “La visión de un abogado alemán del borrador preliminar de Protocolo de Aeronaves: algunos comentarios preliminares”, presentado en el Instituto de Investigaciones Estratégicas, Ediciones Corrientes en la ley del FFA Registro de Aeronaves, Gravamen e Intereses de Garantía, Nueva York, febrero de 1999, citado por Harper, George, op.cit.

jurídico-procesal entre el procedimiento principal y el procedimiento secundario o los procedimientos secundarios, en su caso.¹⁵⁰

Iniciativas de esta naturaleza serán pioneras, seguramente, para los futuros desarrollos que se realicen cuando estos hoy aún novedosos instrumentos de derecho internacional, lleguen a tener una aplicación masiva y global. Actualmente, en la comunidad internacional el conflicto axiológico se agudiza al ponderar el efecto que, fuera de las fronteras, se le asigna a la apertura de un concurso (preventivo o liquidativo). Tales efectos se proyectan subjetivamente (en la persona del mismo deudor y en la de los acreedores: “pluralidad de masas”) y objetivamente (en el patrimonio con asiento en distintos Estados). La comunidad internacional puede asumir la desgracia del deudor y compartirla, o calificar a aquélla como un fenómeno doméstico sin trascendencia más allá del Estado en el cual se ha producido la apertura del procedimiento concursal. La unidad de la persona y su patrimonio se limitan o, sencillamente, se desconocen frente a una manifestación de insolvencia, poniendo en crisis los conceptos de unidad subjetiva y patrimonial y de esta manera, el deudor podrá ser rico o pobre y disponer o no de sus bienes según la frontera desde la cual se lo observe. Entre estos extremos existen, obviamente, posiciones graduales que dependerán de la vocación mercantilista o universalista de los Estados.¹⁵¹

Otro tema a considerar sería la denominada excepción de arraigo, instituto que se encuentra en profunda crisis en la legislación y jurisprudencia argentina actual, consistente en un anticipo provisorio de la garantía jurisdiccional respecto al pago de las expensas judiciales. Constituye la carga exigible al actor que se encuentra en determinadas circunstancias, de prestar una caución destinada a garantizar el pago de los gastos del proceso frente a la eventualidad de resultar vencido. En el marco del auxilio judicial internacional, la República Argentina ha suscripto una serie de convenios internacionales que aseguran una igualdad de trato procesal, y conducen a la inoponibilidad del arraigo respecto de los nacionales, domiciliados o residentes de aquellos países también signatarios de dichos tratados. En síntesis, el principio general es la procedencia de la excepción de arraigo regulado por los distintos códigos procesales, salvo cuando la República Argentina hubiere suscripto un tratado internacional que prohibiere cauciones o depósitos. Este es el criterio adoptado por los tribunales nacionales y la propia Corte Suprema que sostiene con suma claridad que “... fuera del ámbito convencional sigue siendo exigible la caución en concepto de arraigo conforme lo regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación” (“Plenkovich, Liliana Esther c/ Salvia, Mercedes y otros”, en Fallos 324:1107).¹⁵²

¹⁵⁰ GONZÁLEZ LECUONA, María Marcos, “El procedimiento europeo de insolvencia”, en El-Dial.com, suplemento de derecho privado, 23-5-2008.

¹⁵¹ MENICOCCHI, Alejandro A., “Los contratos internacionales ante el concurso local”, en La Ley, Bs. As., jueves 8 de noviembre de 2007, págs. 1-3 (Tomo 2007-F).

¹⁵² SAVASTANO, Germán, “La excepción de arraigo”, en La Ley, Bs. As., viernes 19 de octubre de 2007, págs. 1-4 (Tomo 2007-F).

Las reglas tradicionales conflictuales conducen a la aplicación de la *lex rei sitae*, como la regla de derecho que gobierna los derechos de propiedad cuando existe el desplazamiento de un bien mueble de una jurisdicción a otra. Esta regla de derecho ha demostrado ser insuficiente en el caso específico de equipo móvil de alto valor que se desplaza de un estado nacional a otro, amén del desafío que conlleva aplicar estas normas a los objetos espaciales que se encuentran en órbita alrededor del planeta, prestando en forma permanente servicios de telecomunicaciones, de teleobservación y de posicionamiento global (GPS).

El costo del crédito para el equipamiento móvil de gran valor es excesivamente alto porque, bajo la regla de aplicar la ley de situación del bien de que se trate, la posición de los acreedores resulta incierta. El gobierno canadiense propuso en junio de 1988 que UNIDROIT iniciara un esfuerzo tendiente a extender a todo el campo de los derechos asegurativos en general, el principio contenido en la Convención sobre Leasing Financiero Internacional, en el sentido de que los derechos reales de un acreedor sean directamente ejecutables contra su deudor en caso de insolvencia.

En ese contexto, la UNIDROIT viene trabajando en la *Convención relativa a Garantías Internacionales sobre Bienes de Equipo Móvil* -que se firmó en Ciudad del Cabo el día 16 de noviembre de 2001- y sus Protocolos Complementarios.

La Convención establece un régimen legal internacionalmente aplicable que reducirá los riesgos asumidos por los acreedores y reducirá, por ende, los costos de financiamiento. Con arreglo a este régimen, los inversores aseguran a su crédito un rango privilegiado prioritario, superior a todo otro crédito que pudiera potencialmente competir contra él, y aún en el supuesto de quiebra podrán obtener la realización expedita y pronta del bien asiento de la garantía. En particular, la Convención procura que existan medios de ejecución forzada en las jurisdicciones de los Estados Contratantes, y crea un régimen de prioridad de las garantías de estos acreedores a determinar mediante un registro electrónico internacional.

Llevar la Convención de UNIDROIT a una conclusión exitosa, en términos tanto de contenido como de aceptación internacional, representa cambios enormes. Estos cambios abarcan desde lo técnico a lo político. Se han identificado los estándares últimos a los que un registro internacional debe aspirar para lograr una real institución global. Esto también sugiere que los intereses legítimos y funciones de los registros nacionales deben ser protegidos y pueden coexistir con el registro internacional. Más específicamente, se caminará hacia un trabajo conjunto por un éxito común.

Los países pueden prever que la entrada en vigencia de Convención y Protocolos se limiten únicamente a determinadas categorías de equipos móviles que ellos seleccionen. Se otorga un carácter abierto a la autonomía de las partes, permitiéndoles desarrollar negociaciones entre ellas y otorgándoles la facultad de elegir el ejercicio de determinados recursos y acciones. De esta manera, se prevé que las partes puedan acordar la ley aplicable para regular total o parcialmente los derechos y obligaciones que surjan de sus transacciones internacionales. Por otra parte, se ha previsto que los Estados Contratantes puedan ejercer la opción de excluir aquellas estipulaciones que no sean apropiadas a sus políticas públicas.

Llaman la atención dos características sobresalientes de la Convención como lo son, en primer término, la visible influencia del derecho anglosajón en todas sus disposiciones, influencia que podría desalentar su adopción por parte de países de arraigada tradición en el derecho romano. En segundo lugar, el énfasis que se le da en la Convención al apoyo ofrecido al acreedor financiero, en desmedro de la aplicación de la legislación y tribunales nacionales. No obstante, cabe destacar el beneficio que reportaría la eventual reducción de costos en el financiamiento de equipos móviles y mejores condiciones de acceso al financiamiento internacional.

Podría decirse que algunas reglas de la Convención fueron diseñadas para acomodar nociones angloamericanas más liberales sobre garantía y recursos o acciones, sin tomar en cuenta la posición más conservadora adoptada por la mayoría de las jurisdicciones de derecho civil. Sobre esa base, se estima improbable que la ratificación de los instrumentos internacionales examinados derive –al menos en un principio– en la disminución de los costos de financiamiento de los equipos móviles, pues el nuevo régimen tiende a crear nuevas problemáticas legales e invita a negociaciones entre las partes involucradas, algo que no es común en el sistema jurídico actual de países con tradición civilista romana donde, por otra parte, el ámbito legal actual no impone una prima sobre las tasas de préstamo en función de los posibles obstáculos legales que se pudieran anticipar.

Un tema conexo y no menos importante lo constituye la relación que existe entre las disposiciones de la Convención y los Protocolos y las leyes nacionales sobre procedimientos de insolvencia. Actualmente, en la comunidad internacional el conflicto axiológico se agudiza al ponderar el efecto que, fuera de las fronteras, se le asigna a la apertura de un concurso (preventivo o liquidativo).

Sin perjuicio de lo expuesto, la Convención y sus Protocolos constituyen un innegable avance de la comunidad jurídica internacional y podría decirse que su ratificación por parte de países de la región facilitará el acceso al crédito y, especialmente, aumentará las posibilidades de inversión extranjera con el propósito de desarrollar localmente las importantes industrias concernidas por esos textos: aeronáutica, ferroviaria y espacial.

CONCLUSIONES FINALES

La República Argentina se vería beneficiada con la adopción, en la normativa local, de los principios contenidos en *la Ley Modelo de Insolvencia transfronteriza* (UNCITRAL – CUNDMI) y con la ratificación de la *Convención relativa a Garantías Internacionales sobre Bienes de Equipo Móvil* (UNIDROIT) para la promoción de inversiones extranjeras directas.

La *Ley Modelo* facilita el reconocimiento local de los procesos concursales extranjeros (y de las decisiones judiciales que en ellos se dicten) e incrementa la posibilidad de cooperación internacional en esos casos. Contempla un alto grado de cooperación judicial, al establecer que los tribunales locales deben cooperar, en la mayor extensión posible, con los tribunales y síndicos (o representantes de la insolvencia) extranjeros.

Asimismo, los tribunales podrán comunicarse directamente entre ellos, y requerir información o asistencia del tribunal o síndico extranjero, de manera también directa, por cualquier medio que se considere apropiado.

Obviamente, los resultados beneficiosos de la Ley Modelo, sobre la cooperación judicial, habrán de percibirse en la medida en que un número significativo de países la adopte como ley interna.

La **Convención y sus Protocolos Complementarios** constituyen un innegable avance de la comunidad jurídica internacional y podría decirse que su ratificación por parte de países de la región facilitará el acceso al crédito y, especialmente, aumentará las posibilidades de inversión extranjera con el propósito de desarrollar localmente las importantes industrias concernidas por esos textos: aeronáutica, ferroviaria y espacial.

- **La Convención internacional coadyuva a la promoción de inversiones y, por ende, al progreso y desarrollo de los pueblos.**
- **Un régimen internacional sobre privilegios e insolvencia transfronteriza coadyuva a la seguridad jurídica.**
- **Las disposiciones de la Ley Modelo y de la Convención son compatibles a la Constitución Nacional, a los principios generales del derecho y al orden público nacional.**

Por ello, es conveniente la armonización legislativa que permita su aplicación general y pacífica y la adecuación y actualización de las normas del Derecho Internacional Privado adaptándolas a la moderna tendencia universal.

CUMPLIMIENTO DE LAS HIPÓTESIS

Si una convención internacional coadyuva a la promoción de inversiones y, por ende, al progreso y desarrollo de los pueblos, entonces la armonización legislativa que permita su aplicación general y pacífica resulta indispensable.

Si un régimen internacional sobre privilegios en materia de insolvencia coadyuva a la seguridad jurídica, entonces será necesario revisar la adecuación de otras normas de derecho comercial al nuevo sistema.

Si las disposiciones de la Ley Modelo y de la Convención son compatibles a la Constitución Nacional, a los principios generales del derecho y al orden público nacional, entonces es conveniente actualizar las normas del Derecho Internacional Privado adaptándolas a la moderna tendencia universal.

BIBLIOGRAFIA:

- ABAD HERNANDO, Jesús Luis, *Estudios de Derecho Administrativo*, 2ª edición, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.
- ABELLAN HORUBIA, Victoria y VILÁ, Blanca, *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, Ed. Ariel, Madrid, Buenos Aires, 1995.
- ACHA BESGA, Borja, *Concurrencia de procedimientos concursales mercantiles*, Madrid, Derecho de los Negocios, Año 4, N° 29, 1993.
- ACQUARONE, María, “Trust o fideicomiso de garantía”, LL, 1995 – B, 997.
- ACQUARONE, María y SCHAFEL DE POLISH, Salome, “Venta de sociedades ¿Estatuto modelo, su solución?” Revista del Notariado, año 82, N° 767, set-oct. 1979, p. 1892- Buenos Aires, Colegio de Escribanos.
- ACQUARONE, María y SCHAFEL DE POLISH, Salome, “El funcionamiento societario, Inactividad pasada e inactividad futura”, Revista del Notariado, año 82, N° 763, enero-febrero 1979, p.153/54, Buenos Aires, Colegio de Escribanos.
- AGUINIS, Ana María M. de, *Empresas e inversiones en el Mercosur*, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1994.
- Control de Sociedades*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.
- ALBERTI, Edgardo M., “¿Es aplicable el art. 4º de la ley 19.551 a todos los concursos o solamente a la quiebras”, en LL, 1981-A, 768.
- ALEGRÍA, Héctor, “Problemas teóricos y prácticos de la fusión de sociedades”, en Derecho Empresario, mayo 1976, N° 2, I, II, pág. 701.
- ALEGRÍA, Héctor, “Extraterritorialidad de los concursos”, en Revista Lecciones y Ensayos, N° 47, 1987, p. 34.
- ALEGRÍA, Héctor, “El Mercosur hoy: la realidad, pragmatismo e ideales”, LL, 1995-E, 38.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Madrid, Civitas, 1989.
- ALTERINI, Atilio Aníbal “La contratación en el Mercosur”, LL, 1992-D,735.
- ALTERINI, Atilio A. Y BOLDORINI, María Cristina, *El sistema jurídico en el MERCOSUR*, T. 1, Estructura General, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1994.
- AMADEO, José Luis, “Concursos declarados y créditos pagaderos en el extranjero”, LL 1993, D, 403.
- ALVAREZ, , Gladis S. – GREGORIO, Carlos G. – HIGHTON, Elena I., “Limitación de la responsabilidad por daños. Un enfoque socioeconómico”, LL, 1997-C, 1045.”
- ALVAREZ AVILA, Gabriela, “Las características del Arbitraje del CIADI”, en Revista Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002.

ALVAREZ TRONGE, Manuel “La comunidad europea”, LL, 1989-C, 1340.

“Aspectos jurídicos del Mercosur”, LL, 1992-B, 812.

ANAYA, J.L., “El mito de la empresa inmortal”, ED, 127 - 424, 1988.

ANAYA, Jaime L. y ALEGRIA, Héctor, *Derecho Comercial. Doctrinas esenciales. Concursos y Quiebras*, 4 tomos, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008.

ANTOLISEI, Francesco, *Delitos relacionados con las quiebras y las sociedades*, Temis, Versión castellana de Francisco Bruno y Jorge Guerrero, Bogotá, 1964.

ANTOLISEI, Francesco, “Armonización jurídica en el Mercosur. Los grupos de sociedades”, La Ley, 1992 - E, 1231.

ARAYA, Tomás M., “Cuestiones actuales sobre insolvencia transfronteriza”, LL, 18/08/04.

ARIÑO, Gaspar, *Economía y Estado*. Prólogo de Juan Carlos Cassagne, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1993.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *La regulación económica: teoría y práctica de la regulación para la competencia. Hacia un nuevo concepto de servicio público*, Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1996.

ARNAUD, Vicente Guillermo, *Mercosur, Unión Europea, Nafta y los Procesos de Integración Regional*, Abeledo -Perrot, Buenos Aires, 1996

ARNAUDO, Aldo A., Armonización monetaria entre Argentina y Brasil, Fundación Konrad Adenauer/ Fundación mediterránea, 1992

ASOCIACIÓN LATINO AMERICANA DE DERECHO AERONAUTICO Y ESPACIAL, ALADA EN ROMA, Jornadas latino americanas de Derecho Aeronáutico y Espacial XXVIII, Buenos Aires, ALADA, 2004.

BALESTRA, Ricardo R., *Las sociedades en el derecho internacional privado*, con la colaboración de Mónica L. Grill y Gustavo A. Pardo, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.

“Las empresas internacionales en el Mercosur”, LL, 1993-A, 907.

BALLESTEROS, Pico, “Las sociedades de inversión y la reforma de las leyes fiscales”, Revista de Derecho Privado, N° 36 enero- diciembre, 1952, p. 677/70.

BARBE IZUEL, Esther- BORRAS RODRIGUEZ, Alegría- GUTIERREZ ESPADA, Cesáreo, “Análisis General del Convenio de UNIDROIT relativo a las garantías internacionales sobre bienes de equipo móvil”, Revista Española de Derecho Internacional, Número LV-1, Enero de 2003.

BARBIERI, Pablo C., Relaciones laborales en la nueva ley de concursos, Editorial Universidad, Buenos aires, 1996.

BARRA, Rodolfo Carlos, “Derecho a la integración: ordenamiento jurídico y función judicial (Reflexiones útiles de cara al Mercosur)”, ED, 154-968.

- BASALDÚA, Ricardo Xavier, “El Mercosur y las etapas de integración”, ED, 160 - 818.
- “En torno al derecho a la integración”, Rev. El Derecho, Año XXXIV, N° 9017.
- BASZ – CAMPANELLA, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Rubinzal, Buenos Aires, 1999.
- BAYLOS, A., La responsabilidad legal de las empresas transnacionales, Revista de Derecho social Latinoamericano, Número 1, Bomarzo latinoamericana, 2006.
- BELTRAN, Jorge R., “Conceptos sobre organizaciones societarias, conjunto económico y velo societario en torno a la ley penal tributaria”, Doctrina tributaria, año XIII, N° 170- Tomo XIV -p.661/67. Edit. Errepar, Buenos Aires, junio 1994.
- BENITEZ, María Angeles, “Relaciones entre la Unión Europea y el Mercosur”, en Del Mercosur. Aduana. Jurisdicción. Informática. Relaciones intercomunitarias, Ciuro Caldani, Miguel Angel (coordinador), Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
- BENSEÑOR, Norberto R., “Régimen y actuación de sociedades disueltas. Dinámica de la disolución societaria”, Revista Notarial, año 93 N° 896, enero -febrero 1988, p.171-200, La Plata, Colegio de Escribanos.
- BERCAITZ, Ana, “La nueva ley de concursos y el derecho internacional privado”, en ED 43-1109.
- BERKEMEYER, Hugo, “El mercado común y el derecho de la competencia”, LL, 1993-D, 665.
- BERNAL MEZA, Raúl, *América en la economía política mundial*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1994.
- BIANCHI, Alberto B., “El Estado nacional ante el arbitraje”, Revista LL, miércoles 13 de abril de 2005.
- BIDART CAMPOS, Germán, “El art. 4° de la ley de Concursos y la Constitución”, ED, N° 5769, del 6 de julio de 1983 y en ED 104-1018.
- BIDART CAMPOS, Germán “La ley concursal y los créditos pagaderos en el exterior”, nota a fallo “Banco Europeo”, resuelto por la corte Suprema de Justicia de la Nación, ED, 105-593.
- BIDART CAMPOS, Germán “El proceso concursal de deudores domiciliados en el exterior que no tienen bienes en territorio argentino”, ED 159-58.
- BIOCCA, Stella Maris, *Sociedades multinacionales y extranacionales*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1974.
- BLACKHAM, H.J., *The Humanist Frame* (título original), Socioeconomía Humanista, Ed. Horme, Buenos Aires, 1975.
- BLAQUIER, Rodolfo, “Extensión del instituto de la transformación de las sociedades en particular, a las personas jurídicas de carácter privado en general”, ED, 141-957, Buenos Aires, Universitas, 1991.

- BOGGIANO, Antonio, *Sociedades y grupos multinacionales*, Depalma, Buenos Aires, 1985.
- BOGGIANO, Antonio, *Curso de derecho internacional privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.
- BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 3º ed., 3 tomos, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1991.
- BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, T. II.
- BOGGIANO, Antonio, “El Derecho internacional privado de las sociedades”, ED, 68-847.
- BOGGIANO, Antonio, “*Derecho Internacional Privado*”, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, 5º edición. Tomo I.
- BOGGIANO, Antonio, “Lugar de pago de las obligaciones internacionales en moneda extranjera”, RDCO, 1985-29.
- BOGGIANO, Antonio, “Derecho extraterritorial de quiebras”, en JA 12-1971-217.
- BONFANTI, Mario A., *Contratos bancarios*, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1993.
- BONFANTI, Mario Alberto- GARRONE, José Alberto, *Concursos y quiebras*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.
- BORDA, Guillermo, “Responsabilidad de los dirijan o administran una persona jurídica”, ED 4/11/97.
- BORELLO, Augusto Mario, “Sociedad de inversión”, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Año I N° 2, p. 263/270, 1959.
- BOUZAS, Roberto, (Compilador) *Regionalización e integración económica - Instituciones y procesos comparados*, Instituto del Servicio Exterior de la Nación, Nuevo Hacer Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1997.
- BOUZAS, Roberto, “El regionalismo en el hemisferio occidental. NAFTA, Mercosur y después”, en Desarrollo Económico, vol. 36, número especial, 1996.
- BREBBIA, Roberto H., “Las personas jurídicas- y las sociedades comerciales en particular - como sujetos pasivos de agravio moral”, LL, 1991- A, 51.
- BUGALLO, Beatriz, “Régimen jurídico de los concordatos preventivos en el MERCOSUR”, Conferencia del primer Seminario Internacional de la Quiebra en el Mercosur, Santiago de Chile, diciembre 1996.
- BULLRICH, Santiago, “La quiebra y la teoría de la desestimación de la persona jurídica en el derecho nacional e interacción privado”, RDCO, 1972-37.
- BUNGE, Alejandro E., *Una nueva Argentina*, Editorial Kraft, (primera edición 1940), Madrid, 1984.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Aproximación de la legislación interna entre estados que integran una comunidad regional. El Mercosur y la Comunidad Europea”, LL, 1992-C, 1158.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *El contrato de sociedad*, Colección Derecho Societario, II, Heliasta, Buenos Aires, 1994.

CABULI, Ezequiel, escritura de compraventa e hipotecas atorgadas en el extranjero: Protocolización. Formas. La intervención judicial, en LL, martes 13 de julio de 2004, p'g. 1-3 (Tomo 2004-D).

CACERES, Gonzalo, “Reciprocidad” para el establecimiento en la República de sucursal de sociedad constituida en el extranjero”, ED 76-867.

CALCEGLIA, Inés M., “La resolución de controversias en esquemas de integración: El caso del Mercosur”, Prólogo de Mariano Cavagna Martinez, Comentario de Juan C. Poclava Lafuente, LL, 1995-B, 1148.

CALDERON ORTIZ, G., “Globalización. Empresas trasnacionales y el Banco Mundial”, Gestión y Estrategia. 2006,
<http://www.azc.uam.mx/publicaciones/gestión/numero8/present.html>.

CALVO CARAVACA, Alfonso- CARRASCOSA GONZALEZ, Javier, *Práctica Procesal Internacional*, Ed. Comares, Granada, 2001.

CALVO CARAVACA, Alfonso- CARRASCOSA GONZALEZ, Javier, *Introducción al Derecho Internacional Privado*, 1º impresión, Granada, Comares, 1997.

CALVO CARAVACA, Alfonso- CARRASCOSA GONZALEZ, Javier, “Procedimientos de insolvencia y Reglamento 1346/2000: ¿Cuál es el centro de intereses principales del deudor?”, en Calvo Caracava Alfonso Luis y Areal Ludeña, Santiago (dirs), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005, ps. 217 a 240. *Derecho Concursal Internacional*. Colex, Madrid, 2004.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis - BLANCO MORALES LIMONES, Pilar – IRIARTE ANGEL, José Luis – ESLAVA RODRIGUEZ, Manuela, *Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 1998.

CAMARA, Héctor, *Derecho Societario*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985.
“El crédito con garantía real sobre bienes en el país pagadero en el extranjero, ESC, 1982-15-567.

¿Más de lo mismo?”, en Revista il Diritto Fallimentare e della Società Comerciales.

CAMARA, Héctor, “El crédito con garantía real sobre bienes en el país, pagadero en el extranjero: ¿es despojado del privilegio especial si el deudor es concursal?”, RDCO, 1982-567.

CANDELARIO MACIAS, Isabel, “Aproximación a la iniciativa del Reglamento de Consejo Europeo sobre procedimientos de insolvencia (1999/c 221/06):, N 6, noviembre -diciembre 1999, p. 1226 a 1260.
http://www.justiniano.com/revista_doctrina/masdelomismo.

“La ordenación de la insolvencia en la Unión Europea”, en Noticias de la Unión Europea, Nº 235/236, agosto/septiembre de 2004, año XX, ps. 27 a 54.

“El Derecho mercantil Internacional: la insolvencia con elementos extranjeros”, en Calvo Caravaca Alfonso Luis y Areal Ludeña, Santiago (dirs), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005, ps. 275 a 315.

CANDELARIO MACIAS, Isabel y RODRIGUEZ GRILLO, Luisa, *La empresa en crisis. Derecho actual*, Ediciones Ciudad Argentina, 1998.

CARCAVALLO, Hugo, “Apuntes sobre los créditos laborales y la ley 24.522 de concursos y quiebras”, *Revista Jurídica el Derecho*, 6/03/96, págs. 1/5.

CARDENAS, Emilio, “Pluralidad de concursos. Reflexiones ante la liquidación de la sucursal Nueva York del Banco de Intercambio Regional”, en ED 124-939.

CARDENAS, Emilio J., “La reforma de la legislación concursal estadounidense. El régimen internacional”, *RDCO*, 1937-147.

CARRASCOSA, j., *Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI*. Anales de Derecho, Universidad de Murcia, número 22, 2004.

CARRASCOSA GONZALEZ, Javier, *Desarrollo Judicial y Derecho Internacional Privado*, Ed. Comares, Granada, 204.

CASAS, Juan Carlos, “Financiamiento de las empresas internacionales”, *Revista del Derecho comercial y de las Obligaciones*, año 6, Nº 35, octubre 1973, pág. 705/713, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1973.

CASSAGNE, Juan Carlos, “El Mercosur y las relaciones con el derecho interno”, *LL*, *Revista del* 1/6/95.

Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

Derecho Administrativo, 8ª edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

CASTILLO, Ramón S., *La quiebra en el derecho argentino*, tomo 1, Ariel, 1940

CEPAL. *La inversión extranjera en América Latina y el Caribe*, 2004.

CEPAL. *La inversión extranjera en América Latina y el Caribe*, 2006.

CERVIO, Guillermo José, “El control de transferencia de acciones en aquellas sociedades que presten servicios de telecomunicaciones”, *ED*, 172- 971.

CHAUMET, Mario, “Reciprocidad y calidad del derecho extranjero en el proceso”, en *Revista Derecho y Empresa* 5-306. Facultad de Ciencias Empresariales, Universidad Austral.

CHUDNOVSKY, Daniel – LOPEZ, Andrés, “Las políticas de promoción de inversiones extranjeras en el MERCOSUR”, en Chudnovsky & Fanelli, *El Desafío de integrarse para crecer*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2001, p. 275.

CHUDNOVSKY, Daniel – LOPEZ, Andrés, *La transnacionalización de la economía argentina*, Eudeba, Buenos Aires.

CHUDNOVSKY, Daniel – LOPEZ, Andrés, “La inversión extranjera en la argentina en los años 90: tendencias, determinantes e impactos”, Boletín informativo Te-chint 308, Buenos Aires.

CICHERO, Liliana Edith, “Algunas reflexiones acerca de los concursos transnacionales y el reconocimiento de las acreencias verificadoras”, en LL, Suplemento Actualidad del 8/8/02.

CICHERO, Liliana Edith, “La incidencia de la globalización en el desarrollo de los bloques regionales y su relación en el derecho concursal”, Revista del Derecho del Mercosur, año 3 N° 5, octubre 1999, 302.

CICHERO, Liliana Edith, “Algunas reflexiones acerca de los concursos transnacionales y el reconocimiento de las acreencias verificadoras”, LL. suplemento Actualidad del 8/8/2002.

CICHERO, Liliana Edith y MARTIN, Roxana, “MERCOSUR ¿Cómo hacer sus acreencias en los procesos concursales?”, Revista del Derecho del MERCOSUR, n° 2, LL, setiembre de 1997, pp. 145 y ss.

CIMBALI, Enrique, (1893), La nueva fase del derecho civil en sus relaciones económicas y sociales, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid.

CIURO CALDANI, Miguel Angel, (coordinador), *Del Mercosur. Aduana. Jurisdicción. Informática. Relaciones inter-comunitarias*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.

CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado*. Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 1997.

CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Los acuerdos internacionales en la reforma de la Constitución Nacional”, *Jurisprudencia Argentina*, 1995-I, p. 817.

CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Las partes del subordenamiento jus privatista internacional argentino. El concurso, la hora de la verdad de un régimen”, LL, 2000_E, 592.

CIURO CALDANI, Miguel Angel, “El concurso internacional en el derecho argentino y comparado”, ponencia presentada en las Primeras Jornadas sobre concurso en el Derecho Argentino y Comparado, Rosario, mayo de 1979

COLAUTTI, Carlos, “El Tratado del Mercado Común del Sur: Respuestas e interrogantes”, LL, 1993-D,744.

COLAUTTI, Carlos, “Los tratados internacionales y la Reforma de la Constitución de 1994”, LL, 1994-D, 1043.

COLAUTTI, Carlos, *Antecedentes de la Constitución Argentina*, Abeledo -Perrot, Buenos Aires, 1979.

COLAUTTI, Carlos, *Derecho Constitucional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998.

COLOMBO ARNOLDI, Paulo Roberto – DE CAMARGO MICHELAN, Taís Cristina, “La aplicación de los principios de la extraterritorialidad y de la unidad de la

- quiebra en el ámbito de Mercosur”, *Revista del derecho del Mercosur*, año 3 N° 5, octubre 1999, pág. 279.
- CONIL PAZ, Alberto A., “La quiebra transnacional en el MERCOSUR”, en *Revista Derecho MERCOSUR* 3, 1997.
- CONIL PAZ, Alberto A., “Estado de los procedimientos de la insolvencia en el ámbito de la Comunidad Económica Europea”, *LL*, 1997-C, 1038.
- CONIL PAZ, Alberto A., “La Convención Europea sobre ciertos aspectos de la quiebra”, *LL*, 1997-C, 1461.
- CONSTANTE, Liliana B. – CORTI, Arístides Horacio M., “La soberanía y los Tribunales Arbitrales del CIADI”, *Revista LL*, miércoles 4 de mayo de 2005.
- CORBELLA, MARCELO f., “La reforma de la ley de concursos. En particular, su art. 4º, *Zeus*, 33-D-39.
- CORDEIRO ALVAREZ, Ernesto, **Tratado de los Privilegios**, Cía. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941.
- CORES, Carlos de, *El nuevo derecho de las garantías reales. Estudio comparado de las recientes tendencias*, Editorial Reus, 2008.
- CORVALAN, Juan G. , La definición de servicio público, en *LL*, viernes 2 de noviembre de 2007, pág. 1-4 (tomo 2007-F).
- COSTA, Miguel G. J., “Aplicación del art. 4 de la Ley 19.551”, *ED*, 105-896.
- CRAWFORD J., *Los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional del Estado. Introducción, Texto y comentarios*, Editorial Dykinson, 2005.
- CREUS, Carlos, *Quebrados y otros deudores punibles: quiebra fraudulenta y culpable: concurso fraudulento del deudor no comerciante: sociedades: persona jurídica: entidades financieras: conductas típicas: consumación: tentativa: participación: connivencia dolosa*, Astrea, Buenos Aires, 1993.
- CUMING, Ronald C.C., “Considerations in the design of an international Registry for interests in mobile equipment”, en : *Uniform law Review* (1999), págs. 275-288.
- “The international Registry for interests in aircraft: an overview of its structure, en *Uniform Law Review/ revue de droit uniforme*, 11 (2006), págs. 18-59.
- CZAR de ZALDUENDO, Susana, “La integración económica y la interpretación uniforme del derecho”, *ED*, 168- 1042.
- “Las empresas binacionales argentino - brasileñas y el Mercosur”, *Rev. de Derecho Privado y Comunitario*, N° 3, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni.
- CZARNY, Natalio, “Garantías preferidas por el BCRA. Propuesta de calificar al fideicomiso de Garantía como preferida. Fundamentos”, *ED*, 172-1028.
- DALLA VIA, Alberto Ricardo, “El Mercosur, la integración, el derecho y la Constitución”, *ED*, 145 -959.

- DALLA VIA, Alberto Ricardo, “Sobre el derecho y la justicia en el Mercosur”, ED, 148- 892.
- DALLA VIA, Alberto Ricardo, “El Mercosur entre dos áreas”, ED, 159- 1111.
“El Mercado en la Constitución”, ED, 183- 1129.
- DA RIN, Merina, “Mercado Común del Sur, Armonización de aspectos relativos a la contratación”, ED, 148 -821.
- DASSO, Ariel Gustavo, “Mercosur: problemática jurídica”, LL, 1991-E, 1241.
- DE DIEGO, Julián Arturo, *La remuneración del trabajador*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984.
- DE LA GUARDIA, Ernesto, “El nuevo texto constitucional y los tratados”, ED, 159- 1083.
- DELELLIS, Marisa S., *El acreedor laboral. La insinuación en el pasivo y el pedido de pronto pago*, TySS, 1998, págs. 105 y sgtes.
- DELICH, Pedro, Derecho de la navegación: marítimo, aeronáutico y espacial, 1ª edición, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1992.
- DE FARAMIÑAN GILBERT, Juan Manuel – CAPARROS DEL MORAL, Rocío, “Análisis General del convenio UNIDROIT relativo a las garantías internacionales sobre bienes de equipo móvil: especial referencia al proyecto preliminar de Protocolo conexo sobre cuestiones concretas relacionadas con la propiedad espacial”, Revista Española de Derecho Internacional, vol. 55, Nº 1, 2003, pág. 501-505.
- DE MAGALHAES, Mario, *Actividad práctica bancaria. Disolución y liquidación de entidades financieras*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1991.
- DE REINA TARTIERE, Gabriel, “Negocio indirecto en función de garantía, en La Ley, Buenos Aires, viernes 2 de diciembre de 2005, págs. 1-4 (Tomo 2005-F).
- DIAGO DIAGO, María del Pilar, “Los procedimientos territoriales en la nueva ley concursal”, en Calvo Caravaca Alfonso Luis y Areal Ludeña, Santiago (dirs), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005, ps. 477 a 496.
- DICKEN, P., *Global shift: Reshaping the global economic map in the 21 st Century*, Sage, Londres, 2003.
- DIEZ-HOCHLEITNER, Javier, “La eficacia de los Tratados de Protección de inversiones extranjeras”, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, Madrid, Disponible en www.realinstitutoelcano.org.
- DIEZ-HOCHLEITER, Javier, e IZQUIERDO, Cristina, “Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRI celebrados por España con países de Latinoamérica”, en Revista Electrónica de estudios internacionales, N 7, 2003 p. 3, disponible en www.reei.org.
- DERECHO ADMINISTRATIVO, Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff. CASSAGNE, Juan Carlos; BARRA, Rodolfo Carlos; BIANCHI,

Alberto B.; BIASCO, Emilio; BREWER CARIAS, Allan R., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

DI GIOVAN, Ileana, *Derecho Internacional Económico*, Abeledo -Perrot, Buenos Aires, 1992.

DI STEFANO, Marta y RUBIN, Miguel, “Concursos y quiebras transnacionales”, ponencia presentada en III congreso Argentino de Derecho Concursal y I Iberoamericano sobre la Insolvencia, Tomo III, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, págs. 181/182.

DI TULLIO, José – RUIZ, Sergio G., “Concurso de bienes del deudor domiciliado en el extranjero”, JA-2000-IV-118.

DI TULLIO, José – RUIZ, Sergio G., “Verificación de créditos extranjeros: cláusula de reciprocidad”, JA, 2000-IV-98.

“Verificación de créditos extranjeros: cláusula de reciprocidad”, en JA 2000-IV-98.

DOBSON, Juan M., *El abuso de la personalidad jurídica en el Derecho Privado*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1985.

DOMINGUEZ, Néstor Antonio, *Satélites*, Instituto de Publicaciones Navales, Buenos Aires, 1990.

DORNBUSCH, Rudiger, “Los costos y beneficios de la integración económica regional”, Estudios, año IV, N° 19.

DREYZIN de KLOR, Adriana, *El Mercosur generador de una nueva fuente de Derecho Internacional*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1997.

DREYZIN de KLOR, Adriana, “Implicancia de la intervención en el Derecho Internacional Privado”, LL, 1994-E, 1116.

DREYZIN de KLOR, Adriana, “El sistema de solución de controversias en el Mercosur”, LL, 1995-B, 1994.

DREYZIN de KLOR, Adriana, “Hacia el ordenamiento jurídico del Mercosur”, LL, 1996-C, 1189.

DREYZIN DE KLOR, Adriana y URIONDO De MARTINOLI, Amalia “Implicancia de la integración en el derecho internacional”, LL, 1994-E, 1116.

DROBNIG, Ulrich, “Presente y futuro de las garantías reales y personales. Informe general. Traducido por María Alejandra Tello, Miriam Turkulua y Walter Javier Viegas, Revista Latinoamericana de Derecho, Año 1, N° 1, enero-junio de 2004, pág. 93-140.

DROMI, Roberto; EKMEKDJIAN, Miguel A. y RIVERA, Julio C., *Derecho comunitario. Régimen del Mercosur*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.

- DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 5ª edición, 1999.
- DROMI, Roberto y MOLINA DEL POZO, Carlos, *Acuerdo Mercosur- Unión Europea*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
- EKMEKDJIAN, Miguel Angel, *Introducción al derecho comunitario*, Depalma, Buenos Aires, 1996.
- ESCUTI, I., JUNYENT BAS, F., *Concursos y quiebras, Ley 24.522*, Advocatus, Córdoba, Argentina, 1995.
- ESCUTI, I., JUNYENT BAS, F., *Tratado de derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 4 Tomos.
- ESCUTI, I., JUNYENT BAS, F., *Manual de la Constitución Argentina*, Depalma, 3º edición, Buenos Aires, 1997.
- ESCUTI, I., JUNYENT BAS, F., “El nuevo Tratado del Mercado Común del Sur (Mercosur) y la integración latinoamericana”, LL, 1991-C, 864.
- ESPUGLES 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*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1993.
- ESPUGLES MOTA, Carlos, *La quiebra internacional*, Barcelona, Bosch, 1993.
- ESPUGLES MOTA, Carlos, “La actividad desarrollada por las comunidades en el ámbito del Derecho Concursal”, en Noticias CEE, julio de 1993, pág. 43.
- ESPUGLES MOTA, Carlos, “Un paso mas en la profundización del proceso de integración jurídica europea: el reglamento del Consejo del 29 de mayo de 2000 sobre Procedimiento de Insolvencia”, en Revista de Derecho privado y Comunitario 3, p. 711 a 757, 2001 y en RDCO, año 33, 2000, p. 355 a 395.
- ESPUGLES MOTA, Carlos, “La Ley modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza, de 30 de mayo de 1997: ¿de la hambruna al exceso?”, Cuadernos de Derecho y Comercio, N° 27, 1998.
- ESPUGLES MOTA, Carlos, *Derecho del Comercio Internacional. Mercosur – Unión Europea*, Editorial Reus, Madrid, 2005.
- ESPUGLES 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
- ESPINIELLA MENENDEZ, Angel, *Procedimientos de insolvencia y grupos multinacionales de sociedades*. Ed. Thomson, Madrid, 2006.
- EZQUERRA UBERO, José Javier, “El reglamento comunitario de insolvencia y la ley concursal: ámbito de aplicación especial de la nuevas normas de Derecho Internacional Privado”, en Calvo Caravaca Alfonso Luis y Areal Ludeña, Santiago

- (dirs), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005, ps. 505 a 517.
- ETCHEVERRY, Raúl, *Derecho Comercial y Económico. Parte General*, Ed. Astrea, Buenos Aires.
- ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, “Derecho de la concurrencia y castigo de las prácticas desleales en el Mercosur”, pág. 40/52.
- FARGOSI, Horacio D., “Notas sobre sociedades comerciales y personalidad jurídica”, LL, 1988-E, 796-809.
- FASSI, Santiago – GEBHARDT, Marcelo, *Concursos y quiebras*, 7º ed. Buenos Aires, Astrea, 2001.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M., *Negocios internacionales y Mercosur*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M., La desestimación de la personalidad societaria como límite al globalismo en la Argentina del siglo XXI, Doc. Soc. N° 166, 2001.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, “La ley de Derecho Internacional Privado de la República Argentina: mito o realidad?”, en Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, mayo de 1999.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, “El derecho internacional privado y los procesos de integración regional”, Síntesis Forense N° 86, agosto de 1999, Colegio de Abogados de San Isidro, pág. 20/24.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, “Solución de controversias en materia de transporte en el Mercosur”, Síntesis Forense N° 81, diciembre 96, Colegio de Abogados de San Isidro, pág. 38/43.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, “Jurisdicción Internacional en materia contractual en los espacios integrados”, Síntesis Forense N° 79, diciembre 95, pág. 32/37.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, “Armonización Legislativa en áreas integradas”, en Temas de Derecho Privado XII, Revista del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 2000.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, “La armonización legislativa en materia de quiebras en el MERCOSUR: panacea o anatema?”, en www.noticias.juridicas.com, Buenos Aires, mayo 2000.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, “La insolvencia internacional en el MERCOSUR: una necesidad o una quimera?”, en www.lfallimento.com.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, “La insolvencia internacional en la Argentina: armonización legislativa a la europea?”, en Revista Jurídica de San Isidro, enero- abril 2000 y en <http://www.derecho.org.es>.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, “La ley de Derecho Internacional Privado y el Proyecto de Reforma Argentino: un abrazo intercontinental?”, en Parra-

Aranguren, Fernando (dir). Libro Homenaje al profesor Gonzalo Parra- Aranguren, República Bolivariana de Venezuela. Colección Libro Homenaje N° 1, Tribunal Supremo de Justicia. Volumen tercero. Sección Derecho Comparado. Editor Fernando parra- Aranguren. Tribunal de justicia de Venezuela. Venezuela, 2001.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, “Armonización legislativa en materia de insolvencia internacional: una asignatura pendiente en el MERCOSUR?”, en IX Jornadas Becarios e Investigadores. Universidad de Mar del Plata, Editorial Suárez, 2002.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, “El Nuevo Proyecto de Reforma en la Argentina: otra oportunidad desaprovechada en materia de insolvencia internacional”, en Temas de Derecho Internacional privado, Homenaje a Juan María Rouvier, Colección Libros Homenaje N° 12, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, “Insolvencia transfronteriza en los Tratados de Montevideo: interpretaciones distintas según sean o no tiempos de bonanza?” (comentario al fallo Sicamericana S.A. s/ quiebra) en Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Internacional Privado y de la Integración, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, “Insolvencia transfronteriza, reciprocidad y medios electrónicos: análisis de un fallo ejemplar”, en www.eldial.com/suplementos/privado, del 27 de abril de 2007.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. - SCOTTI, Luciana B., “Inversiones extranjeras y arbitraje: alternativas y desafíos para la República Argentina”, en Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N 3, Diario Jurídico elDial: www.eldial.com, Ed. Albremática, fecha de publicación 28 de octubre de 2005.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. – RODRIGUEZ, Mónica S. – SCOTTI, Luciana B., “Insolvencia Internacional y tratados de Montevideo a la luz de un nuevo caso jurisprudencial”, Comentario al fallo “Adm. And Adler SA s/ pedido de quiebra por Publiestudios SA, Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial N 26, Secretaria 52, publicado en www.eldial.com.ar.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. – RODRIGUEZ, Mónica S. – SCOTTI, Luciana B., “Concursabilidad en nuestro país de una sucursal constituida en el Uruguay” en Feldstein de Cárdenas, Sara, *Derecho Internacional Privado y de la Integración*, p 427-437, 583 páginas, Colección de Análisis Jurisprudencial. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. – RODRIGUEZ, Mónica S. – SCOTTI, Luciana B., “Jurisdicción internacional en materia de insolvencia transfronteriza: deudores sin domicilio ni activo en la Argentina? “, (Comentario al fallo Proberan I.C.S.A. s/ pedido de quiebra) en Feldstein de Cárdenas, Sara, Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Privado y de la Integración. Ed. LL, Buenos Aires, 2004.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. – RODRIGUEZ, Mónica S. – SCOTTI, Luciana B., “Concursabilidad en nuestro país de una sucursal argentina constituida

en el Uruguay”(comentario al fallo Ridwel S.A.) en en Feldstein de Cárdenas, Sara, Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho privado y de la Integración. Ed. LL, Buenos Aires, 2004.

FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara Lidia, BAEZ PEÑA WIRTH, Vera M., SCOTTI, Luciana Beatriz, RODRIGUEZ, Mónica Sofía y MEDINA, Flavia, “Extensión de responsabilidad de las casas bancarias matrices: algunas respuestas desde el Derecho Internacional Privado Argentino”, en Revista Jurídica de San Isidro, Estado de Derecho y Emergencia (Enfoque Multidisciplinario). 2002-2003, ° 29, ps. 119-143. Departamento de Publicaciones del Colegio de Abogados de San Isidro, San Isidro, mayo de 2003.

FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara Lidia, BAEZ PEÑA WIRTH, Vera M., SCOTTI, Luciana Beatriz, RODRIGUEZ, Mónica Sofía y MEDINA, Flavia, “Política legislativa en materia de insolvencia internacional para el Mercosur: necesidad de una regulación autónoma”, ponencia presentada para las III Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política, Departamento de Ciencias Políticas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, 20, 21 y 22 de noviembre de 2003, en Slavin, Pablo (compilador), 3ras. Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política, ps. 423-428, Ediciones Suárez, Mar del Plata, 2003.

FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara Lidia, BAEZ PEÑA WIRTH, Vera M., SCOTTI, Luciana Beatriz, RODRIGUEZ, Mónica Sofía y MEDINA, Flavia, “Necesidad de la reforma en materia de insolvencia transfronteriza”, en el Libro de Ponencias de las Jornadas Rioplatenses VIII, organizadas por el Colegio de Abogados de San Isidro y el Colegio de Abogados de Uruguay, 2, 3 y 4 de octubre de 2003 (Ponencia N° 12) y disponible en la Página web oficial del colegio de Abogados de San Isidro: <http://www.casi.com.ar>.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.- SCOTTI, Luciana B. y BENTANCURT, María Eugenia, “Arbitraje e inversiones extranjeras: un delicado equilibrio”, Disponible en la Página web oficial del Colegio de Abogados de San Isidro [T.P://www.casi.com.ar](http://www.casi.com.ar) y en Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N 3, Diario Jurídico elDial: www.eldial.com, Ed. Albremática, fecha de publicación 27/08/2004.

FERNANDEZ DE GURMENDI, Silvia A., “Los convenios bilaterales de promoción y protección de inversiones”, en *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones*, Revista del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires.

FERNÁNDEZ LEMOINE, María R. Y RADRESA, Emilio, “Mercosur. Tribunal de Justicia y soberanía”, ED, 164- 860.

FERRER, Patricio, *Derecho del acreedor hipotecario en el proceso concursal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982.

FRESCHI, Carlos Roberto, “Sociedad. Actividad y personalidad jurídica, LL, 1986-A, 915.

FINO, Torcuato Enrique (h), “Similitudes y asimetrías entre la Unión Europea y el Mercosur: Bases para el intercambio y la cooperación”, LL, Revista del 11/3/96.

FINO, Torcuato Enrique (h), “Mercosur y Nafta: dos realidades emergentes”, LL, Revista del 15/9/97.

FINO, Torcuato Enrique (h), “Naturaleza jurídica y evolución del Derecho Comunitario Europeo”, ED, Revista del 29/4/96.

FLOREAL GONZÁLEZ, Flavio, “Mercosur: Un balance de sus objetivos, sus logros y sus asignaturas pendientes”, LL, 1998-E, 944.

FLORES RUEDA, Cecilia, Armonización legislativa. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, Iº Congreso nacional y Regional sobre Arbitraje y Mediación. Acceso a Justicia, Seguridad Jurídica y Alianzas estratégicas en el escenario de integración regional. WORKSHOP Armonización Legislativa. <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/cnudmi-armonizacion>.

FONTANARROSA, Rodolfo, *Derecho Comercial Argentino, Parte General*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1997.

FREELAND LÓPEZ LECUBE, Alejandro, “Los procesos de integración subregional del Cono Sur y su déficit institucional: La experiencia de las Comunidades Europeas”, ED, 151- 823.

GAGLIARDO, Mariano, *Derecho Societario*, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 1992.

GALLO, Gustavo J., *Breves anotaciones laborales a la ley 24.522*, TySS, 1995, págs. 756 y sgtes.

GAMBIER, Beltrán, “El federalismo argentino frente al Mercosur (El proceso de integración frente a la Constitución Nacional)”, ED, 146 -807.

GAMES, Luis María y ESPARZA, Gustavo A., “Algunas notas sobre aspectos concursales de las obligaciones negociables”, Revista Jurídica El Derecho, 3/06/98, págs. 1/3.

GAMES, Luis María y ESPARZA, Gustavo A., “Los privilegios concursales en la ley de entidades financieras”, Revista Jurídica El Derecho, 17/05/00, págs 1/5.

GARAGUSO, Horacio, La verificación de créditos en los países del MERCOSUR, Ad-Hoc, 1998.

GARCIA MARTINEZ, Roberto, *Derecho Concursal*, Editorial Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1997.

GARCIA MARTINEZ, Roberto, “Continuación de la explotación de la empresa en quiebra”, ED, Tomo 168, págs. 1165/1176.

GARCIA MARTINEZ, Roberto y FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, *Concursos y Quiebras*, tomo II, Editorial contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1976.

GARCIA MARTINEZ, Roberto y GARCIA MARTINEZ, Roberto (h), “El régimen internacional del concurso en la Ley 24.522 y la reforma constitucional de 1994”. En JA, 1995-IV-873.

GARRO, Alejandro, *La armonización legislativa en el derecho privado latinoamericano*, 1992.

GERCOVICH, Carlos Gustavo, *Derecho económico. Mercados y responsabilidad cambiaria*, Editorial Depalma, Buenos Aires.

GERCOVICH, Carlos Gustavo, “Admisibilidad del pedido de convocación de acreedores de una entidad financiera”, junto a Carlos Eduardo Hiberman, LL, 143-386.

GERCOVICH, Carlos Gustavo, *Derecho Bancario y Financiero*, Gerscovich, Carlos G. (director) Editorial Ad Hoc - Buenos Aires, 1999.

GEBHARDT, Marcelo, “Insolvencia del grupo empresario”, LL, 1985-D, 899.

GHERSI, Carlos A., “Mercosur. Economía y Derecho (Política de integración y la exclusión social)”, LL, 1995-A, 1074.

GHERSI, Carlos A (director) - BARBIER - BATAN - DALLA VIA - FRADERA - FRANCESCUT - GRANADOS - LIMA MARQUEZ - MUGUILLO: *Mercosur. Perspectivas desde el derecho privado, Primera Parte*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1993.

GHERSI, Carlos (director) CRVO DOLCET - BASZ - DALLA VIA - LOVECE - GASPE - BENITEZ - BORREGO - LIMA MARQUEZ - SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *Mercosur. Perspectivas desde el derecho privado, Segunda Parte*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1993.

GHERSI, Carlos (Director) - ANDRÉS - JACOB DE FRADERA - VENINI - WEINGARTEN - LOVECE - BARBAGALLO - TRAIEMAN - SOBRINO, *Mercosur, Perspectivas desde el derecho privado, Parte Tercera*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999.

GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho internacional y derecho interno argentino”, ED, 7-784.

“De nuevo: Derecho internacional y derecho interno”, ED, 23- 423.

“Integración jurídica argentino- uruguay”, EDLA 1981-1201.

“El art. 4º de la ley 19.551”, en ED 100-853.

GOMEZ LEO, Osvaldo R., *Derecho Empresario actual*, Buenos Aires. 1996. Edit. Desalma.

GONZÁLEZ, Florencia, “La solución de conflictos en un sistema de integración”, LL, 1993-B, 1026.

GONZALEZ CAMPOS, Julio D., “Aspectos internacionales de la situación concursal”, en *Reforma del derecho de quiebra*, Editorial Civitas S.A., Fundación Universidad. Empresa.

GONZALEZ GARCIA, I., *Naciones Unidas y la coordinación para el desarrollo*, Editorial Dykinson, 2005

GONZALEZ LEBRERO, Rodolfo A., *Manual de Derecho de la Navegación*, 4ª edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000.

GONZALEZ LEUONA, María Marcos, “El procedimiento europeo de insolvencia” en *EIDial.com*, suplemento de derecho privado, 23/05/2008.

GOODE, Roy A., La Convención de Ciudad del Cabo sobre los intereses internacionales en equipo móvil: conduciendo fuerza internacional para la financiación de activos en la base (2002) VII 2002 -1- UNIDROIT, *Uniform Law Review*- 3-5.

Oficiales de las observaciones sobre el convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de quipo aeronáutico (2002) UNIDROIT 1-232 Plus. Otros textos. En página web: www.competition.law.ox.ac.uk/member/publications.phtm/

GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, IV tomos, Editorial Astrea, 1998- 1999, 2000.

GUTIERREZ POSSE, Hortensia, “Acuerdos para la promoción de inversiones extranjeras. Sistema de solución de controversias”, en *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones*. Revista del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1993.

GRAZIABILE, Darío, “Efectos transfronterizos de la insolvencia. La globalización concursal, un tema cada vez más actual”, ED, 210-894.

GRONDONA, Mariano F., “El funcionamiento de los Tratados de Inversión”, LL, 2003-E, 1204.

GRISPO, Jorge Daniel, “Orden de prelación de los privilegios concursales (En la nueva ley de concursos y quiebras)”, LL, 1996-B, 1015.

Tratado sobre la ley de Concursos y quiebras, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.

HALPERÍN, Marcelo, “Acerca de las fuentes de derecho en el Mercosur”, en *Revista de Derecho Comunitario*, N° 4.

HALPERÍN, Marcelo, “Las prácticas desleales y la evolución del Mercosur”, LL, 1995-D, 1550.

Principios jurídicos del Multilateralismo Económico. Situación de los Países en Desarrollo. Colección Aroha, Buenos Aires, Julio 2004.

HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de Derecho Concursal*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 2000, t. 1.

HEREDIA, Pablo D., “Armonización de las reglas concursales en el MERCOSUR y colaboración internacional en materia de quiebra”.

HEREDIA, Pablo D., “La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) sobre insolvencia Transfronteriza de 1997”, en *Anuario de Derecho Concursal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, Año 1.

- HERRERA, Enrique, “Extinción del contrato de trabajo”, Capítulo IXI, en *Tratado de Derecho del Trabajo*, dirigido por Antonio Vázquez Vialard, Buenos Aires, Astrea, 1984, tomo 5.
- HERZ, Mariana, “Régimen Argentino de promoción y protección de inversiones en los albores del nuevo milenio: de los tratados bilaterales, Mercosur mediante, al ALCA y la OMC”, en Revista electrónica de estudios internacionales N° 7, 2003, p. 3. Disponible en www.reei.org
- HERZOG, Felix, Límites al control penal de los riesgos sociales, (sin fecha).
- HONNEBIER, B. Patrick, “The fully-computerized International Registry for Security Interest in aircraft and Aircraft protocol That will become effective towards the beginning of 2006, en *Journal of Air law and Commerce*, 70 (20059, número 1, págs. 63-82.
- HOOFT, Raimundo, “El Mercosur y el derecho privado”, LL, 1992-E, 870.
- HUTCHINSON, Tomás, “El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) Una aspiración concreta: la integración continental, un objetivo prioritario: la integración regional”, LL, 1991-D, 811.
- ISAAC, Guy, *Manual de Derecho Comunitario General*, Editorial Ariel, Barcelona, 1985.
- JAUREGUIBERRY, Luis M., *Antecedentes históricos de la quiebra*, Castellvi, 1961.
- JIMENEZ, Eduardo Pablo, “El Mercosur, la integración y el rol del constitucionalista”, ED, 148 - 992.
- JIMENEZ, Eduardo Pablo, “Las reglas de supremacía constitucional luego de la reforma constitucional de 1994: Los tratados sobre derechos humanos como pauta interpretativa obligatoria dirigida a los poderes públicos”, ED, Año XXXIII N° 8787.
- JUNYENT BAS, Francisco – BORETTO, Mauricio, “Intersecciones del derecho concursal y el derecho societario: disolución de la sociedad por declaración de quiebra (artículo 94, inciso 6 de la ley 19.550)”, LL, 2004-D, 1440.
- KALLER DE ORCHANSKY, Berta, “Régimen de la quiebra extranacional”, LL, 129-1179.
- KALLER DE ORCHANSKY, Berta “Las sociedades comerciales en el Derecho Internacional Privado”, LL, 147-1201.
- KALLER DE ORCHANSKY, Berta “Cómo lograr, fácilmente, la armonización sobre sociedades mercantiles en los países del MERCOSUR”, ED, 151-863.
- KALLER DE ORCHANSKY, Berta *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1994.
- KALLER DE ORCHANSKY, Berta “Reflexiones sobre el art. 4° de la ley de concursos, antes y después de su reforma”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1983-705.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Los privilegios en el Proceso Concursal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1975.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Privilegios”, en *Tratado de Derecho del Trabajo*, dirigido por Antonio Vázquez Vialard, Buenos Aires, Astrea, 1984, tomo 5, págs. 611 y sgtes.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Derecho comunitario y Derecho constitucional en la experiencia europea”, en *Estudios en honor de Pedro Frías*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 411/429, República Argentina, 1994.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa- LOPEZ CABANA, Roberto M., *Derechos y garantías en el siglo XXI*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999.
- KRASUK, Jorge L., (1970), *Decisiones de Inversión en el empresa privada: Argentina*, Fundación Bolsa de Comercio de Buenos Aires, Buenos Aires.
- KUZNE, Otto, (1888) *Monografía sobre Derechos reales, predecesor del Derecho Civil Alemán*, Alemania.
- LALL, S., “Industrial strategy and policies on foreign direct investmente in East Asia”, *Transnational corporations*, Vol. 4 N° 3, 1995.
- LALL, S. y NARULA, R., “FDI and its role in economic developmente: Do we need a new agenda?”, *MERIT Research Memoranda 019*, Maastricht.
- LANAS, Juan A., *El orden internacional y la doctrina del poder*, Depalma Ediciones, Buenos Aires, 1978.
- LAPLANE, M., “El caso brasileño” en D. Chudnovsky (org.), *El boom de inversión extranjera directa en el Mercosur*, Siglo XXI, Madrid, 2001.
- LASCANO, Marcelo Ramón, *Presupuesto y dinero*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1972.
- LATTUCA, Ada Y CIURO CALDANI, Miguel Angel, (coordinadores), *Economía globalizada y Mercosur*, Ediciones Ciudad Argentina , Buenos Aires, 1998.
- LAVOPA, Jorge H. “Organización institucional y derecho comunitario en el Mercosur”, ED, 148 -899.
- LAZCANO, Carlos A., *Derecho Internacional Privado*, Editorial Platense, 1965.
- LE GOLF, Jacques, *Mercaderes y banqueros en la Edad Media*, Eudeba, Buenos Aires, 1987
- LEGON, Fernando, “Las compañías financieras frente a la ley de quiebras”, ED, 32.
- LEMOINE, f., “fdi AND OPENING UP OF THE Chinese Economy”, CEP II, Documente de Travail 00-11, París, 2000.
- LISDERO, Alfredo R. – HELBERT, Darío J., “La protección de las inversiones extranjeras en la Argentina. Los tratados de protección recíproca de inversiones y su interpretación jurisprudencial”, ED, jueves, 13 de junio de 2002.

LIVELLARA, Carlos Alberto, “El pronto pago de los créditos laborales en la ley de concursos y Quiebras”, TySS, 1997, págs. 857 y sgts.

LLOVERAS, Néstor Luis, “El privilegio de los gastos de justicia y la nueva ley de concursos”, ED. Tomo 45, págs. 891 y sgts.

LOPEZ, A. Y MIOZZO M., “Multinationals and technology development in East Asia and Latin America”, en S. Prasad y P. Ghauri (eds), “Global Firms and Emerging markets in the Age of Anxiety, Preeger, 2004.

LORENTE, Javier A., ¿Sólo un acreedor local puede pedir la quiebra de un deudor domiciliado en el extranjero?, ED, 187-198.

LUJÁN CLARO, María de, “Introducción a la jurisdicción ius privatista internacional paraestatal”, ED, Año XXXV N° 9184.

MAFFIA, Osvaldo J., *Manual de concursos*, Buenos Aires, La Rocca, 1997.

“La extensión de la quiebra y el viejo vizcacha”, ED 3/4/98 N° 9477.

MAIRAL, Héctor, “El tratamiento de los créditos pagaderos en el extranjero bajo la ley de concursos”, LL, 1981-C, 1190.

MANGAS MARTIN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, MC. Graw-Hill, 1996.

MANOVIL, Rafael, *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

MANSUETI, Hugo Roberto, Aspectos laborales en la actual Ley de concursos y quiebras, Editorial Errepar, Doctrina laboral, N° 156, Buenos Aires, agosto de 1998, págs. 783/800.

MARIANI de Vidal, Marina, “El privilegio de los intereses y los gastos causídicos en la ley de concursos”, ED, T. 45, págs. 907 y sgts.

MARREN, Hilary – FAY, Joe – CLARKIN, Sarah, “New Irish –based Register to Implement Cape Town convention comes into force”, en *Journal of International Banking Law and Regulation*, 21 (2006), Número 7, N51-N52.

MARTINEZ, Silvina, “La unificación del control societario externo”, en *La Ley*, Buenos Aires, martes 23 de octubre de 2007, págs. 1-4, (Tomo 2007-F).

MARTINEZ DEL BOSQUE, “Reflexiones en torno al art. 4° de la ley 19.551”, ED, 68-805.

MARTIN LOPEZ, M.A., *La formación de los Tratados Internacionales. Estudio de su condicionamiento para el consentimiento del estado y el medio y los intereses colectivos*, Editorial Dykinson, 2002

MARTORELL, Ernesto, *Los grupos económicos y de sociedades*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1991.

“Default de megaempresas y grupos económicos: responsabilidad laboral, concursal y societaria”, ED, 195-819.

MARZORATTI, Osvaldo J., “Inversiones extranjeras”, Diario ED, jueves, 19 de setiembre de 2002.

MASCHERONI, Fernando H. - MUGUILLO, Roberto A., “Manual de sociedades civiles y comerciales”, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994.

MASUD, Pablo R., “Control de la jurisdicción extranjera con carácter previo al procedimiento de exequátur”, en Lexis Nexis, JA. 2004-I, fascículo número 2, págs.. 24-30, Casos “Inversora Patagónica S.A.” y “Compañía General de Combustibles S.A.”.

MEDINA, Santiago, *Protección transfronteriza de las empresas*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, Madrid, 2007.

MEIROVICH DE AGUINIS, Ana María, “Control de sociedades: responsabilidad de la sociedad controlante”, Buenos Aires, 1993. Tesis: Doctor en Derecho. Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

MENDEZ SARMIENTO, Emilio, “Síntesis histórica de la evolución de las sociedades y del fenómeno de concentración de empresas”, LL, 1978-D, 1190.

MENICOCCI, Alejandro A., “Los contratos internacionales ante el concurso local”, en La Ley, Buenos Aires, jueves 8 de noviembre de 2007, págs.. 1-3 (Tomo 2007-F).

MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Atlas, 2 volúmenes, Vol. II. Parte Especial, 1987.

MICHELSON, Guillermo, “Los concursos en los Tratados de Montevideo”, LL, Tomo 11, 55.

MIDON, Mario A. R., “El tratamiento constitucional de la integración entre los signatarios del Mercosur”, LL, 1997- B, 1037.

“Algo más que cooperación. El convenio entre la comunidad y Mercosur profundiza la integración”, ED, Año XXXV N° 9195.

MOLINA DEL POZO, Carlos F., *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, 2° edición, Trivvium S.A., Madrid, 1990.

MONDINO, Hilda, *Derecho de la Navegación*, Galeón, Córdoba, 1998.

MOONEY, Charles W. (Jr.), “Relationship between Ther prospective Unidroit International registry, Revised Uniform commercial code Article 9 and national civil aviatioregistries” en Uniform Law Review/ Revue de droit uniforme (1999), págs. 335-346.

MORENO, Jorge Raúl, “La nueva ley de concursos y quiebras (ley 24.522) y sus efectos en el ámbito laboral”, TySS, 1996, págs. 211/13.

MORENO QUINTANA, Lucio M., *Tratado De Derecho Internacional*, 3 Tomos, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1963.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, “La persona jurídica. Sus Límites. Inoponibilidad de la personalidad. Penetración. Grupos Societarios”, Revista del Derecho Privado y Comunitario, N°8 junio 1995 p.121, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni.

MOSSO, Guillermo G., “Complejidades de la categorización de los acreedores”, Revista Jurídica El Derecho, 17/06/98, págs. 1/4.

MOYANO BONILLA, César, “Un derecho internacional para un nuevo orden mundial”, ED, 147-876.

NEGRE DE ALONSO, Liliana Teresita, *Los acreedores laborales en el proceso concursal*, Editorial Rubinzal-Culzoni – 1992.

NEGRE DE ALONSO, Liliana Teresita, “Situación del dependiente frente a la quiebra”, Revista Jurídica El Derecho, n° 9907, Buenos Aires, 27/12/99, págs. 1/5.

NERI VELA, Rodolfo, *Satélites de comunicaciones*, México, Mc. Graw-Hill, 1989.

NISSEN, Ricardo Augusto, *Ley de Sociedades Comerciales. Comentada. Anotada y concordada*, Buenos Aires, Edit. Abaco, 1993-1996.

Derecho concursal Argentino e Iberoamericano, Ad-Hoc, 1997.

NOODT TAQUELA, María Blanca: colaboración en Fernández Arroyo Diego P. (coordinador) *Derecho Internacional Privado en los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía, 1993.

OBARRIO, Manuel, *Estudio sobre las quiebras*, Ecyta, 1896, 2° edición 1926, con notas de Carlos c. Malagarriga.

O’FARRELL, Ernesto, “La armonización del derecho en los países del Mercosur”, LL, 1993-C, 1069.

OLIVEIRA RUIZ, M., “El tema de la insolvencia en la agenda de UNCITRAL”, RDBB, abril-junio, 1996.

ORIA FERNANDEZ DE MUNIAN, Román, “La quiebra internacional”, en *Revista de Derecho Privado*, febrero de 1998, Editorial de Derecho Reunidas S.A., Madrid, p. 12.

ORLANDI, Héctor Rodolfo, *Principios de Ciencia Política y Teoría del Estado*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1987.

ORQUERA, Juan Pablo, “La extensión de la quiebra en insolvencias internacionales”, en *Sociedades y Concursos en el Mercosur*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.

OTEIZA, Eduardo, “Mercosur: diagnóstico provisional sobre el proceso transnacional”, ED, 167- 1021.

PADILLA, Miguel M., *Derecho Constitucional. Organización del Estado*, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1998.

PALLARES, Beatriz, “El derecho frente a la integración latinoamericana”, en *Suplemento Mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* N° 12, *Diario Jurídico El Dial*: www.eldial.com, Ed. Albremática, fecha de publicación: 29 de julio de 2005.

- PALLAZO, Francesco Carlo, *Tendenze e Prospettive nella tutela penales della persona umana*, Roma (sin fecha).
- PAPANO, Ricardo, “Mercosur, armonización legislativa y derecho comunitario”, LL, 1994-A, 706.
- PARSO, Alberto Juan, “La necesidad de la reforma del régimen internacional de los bienes”, LL, 1969 -136, 1407.
- PASCUAL, Julio, *Economía de Mercado ... y otras cosas*, Unión Editorial, Madrid, 1978.
- PELLET LASTRA, Arturo, *Teoría del Estado*, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1999.
- PEREZ, Nélica, *La soberanía de los Estados integrantes del MERCOSUR*, JVE Ediciones, Buenos Aires, 2005
- PEREZ SANCHEZ, Luis R., *Servicio Público: técnicas de protección al usuario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- PIAGGI, Ana Isabel, “La Ley Modelo de UNCITRAL y la modernización de la legislación para facilitar el e-commerce”, en *Revista Doctrina Societaria* (Buenos Aires), N° 144, 1999.
- “Evoluciones recientes del arbitraje comercial internacional en Latinoamérica”, en *Revista del Derecho del Mercosur*, N° 6, 2000, pág. 147 y sg.
- “La vinculación entre UNCITRAL y el Arbitraje comercial internacional: una relación exitosa”, ED, Tomo 200, 575.
- UNCITRAL y el futuro derecho comercial: el arbitraje comercial: garantías y pagos internacionales, contrataciones públicas*, Depalma, Buenos Aires, 1994.
- PIAGGI DE VANOSSI, Ana I., “Acerca de la necesidad de integrar la responsabilidad civil de las sociedades con la responsabilidad penal por delitos societarios,” LL, 1997- E, 1262.
- Derecho mercantil contemporáneo*, Buenos Aires, La Ley, 2001.
- PIZZOLO, Calogero (h), *Pensar el Mercosur*, Prólogo: Miguel Angel Ekmedjian, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 1998.
- “Control de Constitucionalidad y Derecho Comunitario”, ED, 178 -940.
- “Constitución y Derecho Comunitario. Análisis de una relación problemática”, ED, 175 -858.
- PODESTA COSTA, L.A., *Derecho Internacional Público*, 4° edición, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1960.
- PREBISCH, Raúl, *La crisis del Desarrollo Argentino*, El Ateneo, Buenos Aires, 1986.
- PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo, *Derecho Concursal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1978.

QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, El impacto de la quiebra transfronteriza en las legislaciones internas, Biblioteca jurídica virtud del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx.

RADZYMINSKI, Claudia, “¿Sistema de derecho concursal argentino”, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Año 2, 1990-A-199.

RADZYMINSKI, Alejandro P., “Sistema de derecho internacional privado concursal argentino”, RDCO año 23, 1990-A, 199.

“La acción de ineficacia concursal en el derecho internacional privado argentino” ED, 132, 371 y sg.

RAMAYO, Raúl Alberto, “La sociedad comercial extranjera y el orden público internacional”, fallo de la CNCom. Publicado LL 27/05/03 y Suplemento de Concursos y Quiebras de LL de 20/05/2003, pag. 74 (LL, 2003-C, 788).

RAMELLA, Pablo A. *Integración de las Naciones*, Depalma, Buenos Aires, 1984.

RANGUGNI, Diego Emilio, “Notas peculiares del proceso de liquidación forzosa de entidades aseguradoras”, ED, 172- 956/69.

RAPALLINI, Liliana Etel, “Enfoques actuales sobre insolvencia patrimonial internacional. Ventajas de la diversificación corregida”, ponencia presentada en las Jornadas Preparatorias de la Sección de Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, en homenaje al Profesor Gualberto Lucas Sosa, La Plata, 4 y 5 de mayo de 2007.

RAPOPORT, Mario, *Globalización, integración e identidad nacional. Análisis comparado Argentina- Canadá*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1994.

REVIRIEGO, José María, “Vías de cobro de créditos laborales ante el proceso concursal del empleador”, TySS, 1996, págs. 844 y sgts.

RICHARD, Efraín H, *Manual de Derecho Societario*, Edit. Astrea. Buenos Aires. 1996

RICHARD, Efraín y MUIÑO, Orlando Manuel, *Derecho Societario: Sociedad comercial, civil y cooperativas*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997.

RIMOLDI DE LADMANN, Eve (Coordinadora) Mercosur y Comunidad Europea, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA y Ediciones Ciudad Argentina, Coedición, Buenos Aires, 1995.

“La estructura institucional a partir del Protocolo de Ouro Preto”, en Mercosur y Comunidad Europea (coordinada por la misma autora), p. 205.

RIVERA, Julio C., *Instituciones de Derecho Concursal*, 2ª edición, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2003

RIZZO, Amorino y RODRIGUEZ, Raquel, “El arbitraje ¿Es una solución eficiente de conflictos en el ámbito del Mercosur”, LL, 1994-B, 769.

ROCA, Eduardo A., “Orientación en el confuso campo de la sociedad extranjera no inscrita”, *Revista del Derecho privado y comunitario*, Concursos II, 2003, Rubinzal-Culzoni, Santa fe, pág, 31 y sg.

RODRIGUEZ, Mónica, “Armonización Legislativa en materia de insolvencia Internacional. La quiebra comercial en los Tratados de Montevideo de 1940”, en *Revista Síntesis Forense* N 90, del Colegio de Abogados de San Isidro.

RODRIGUEZ, Mónica, “Algunos aspectos de la insolvencia de las empresas internacionales y regionales”, en *Revista Síntesis Forense* N 88 del Colegio de Abogados de San Isidro, 2000.

RODRIGUEZ, Mónica, “El arbitraje y las inversiones extranjeras”, julio de 2001, en *Noticias Jurídicas*. Disponible en www.noticiasjuridicas.com.es

RODRIGUEZ, Mónica, “La territorialidad en la vieja ley de quiebras”, (Comentario al fallo Panair do Brasil S.A. s/ quiebra) en *Feldstein de Cárdenas, Sara, Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.

RODRIGUEZ, Mónica, “El régimen de la insolvencia internacional en el derecho de fuente interna argentina”, *Revista Científica de UCES*, Vol. XI, N° 2.

RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, *Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993.

RODRIGUEZ, OLIVERA, NURI, *Agrupaciones societarias*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1989.

RODRIGUEZ TISSERA, “Consideraciones generales acerca de la quiebra extranacional”, *LL*, 2001-D, 1262.

ROJO SALGADO, A., *Modelo Federalista de Integración Europea: La Europa de los Estados y las Regiones*, Editorial Dykinson, 1996.

ROUILLON, Adolfo A.N., “Aproximación esquemática al régimen de insolvencia y a sus reglas aplicables a los concursos con repercusión transfronteriza”, en www.iiiiglobal.org.

ROUILLON, Adolfo A.N., “Concursos con repercusión transnacional. La Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre insolvencia transfronteriza”, en www.iiiiglobal.org.

ROUILLON, Adolfo A.N., “Cuestiones de derecho internacional privado en la ley de concursos”, *RDCO*, 1984-788.

ROUILLON, Adolfo A.N., “Cuestiones de derecho internacional privado en la ley concursal argentina (A propósito de la reforma legislativa de 1983)”, *RDCO*, 1984-17-781.

ROUILLON, Adolfo A.N., “Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la ley concursal argentina 24.522”, *Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, octubre 1999, anticipo de *Anales- Año XLIII*, segunda época, número 37.

ROUILLON, Adolfo A.N., ¿Puede el juez argentino declarar la quiebra de una persona sin bienes en el país y domiciliada en el extranjero? (El caso Provean International Corp.), la Ley, Suplemento de Concursos y quiebras, 20/12/01).

ROUILLON, Adolfo A.N., “Cooperación internacional en materia concursal. La ley modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre insolvencia transfronteriza”, LL, 2002-D, 998.

ROUILLON, Adolfo A.N., *Reformas al régimen de los concursos*, Astrea, Buenos Aires, 1986.

ROUILLON, Adolfo A.N., “Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la ley concursal argentina (a propósito de la reforma de 1983”, RDCO 1984 - 788

ROUILLON, Adolfo A.N., ¿Puede el juez argentino declarar la quiebra de una persona sin bienes en el país y domiciliada en el extranjero? (El caso Provean International Corp.). La Ley, suplemento de Concursos y Quiebras. 20/12/01).

ROUILLON, Adolfo A.N., *Régimen de Concursos y Quiebras*, 11º ed., Buenos Aires, Astrea, 2002.

RUIZ DIAZ LABRANO, Roberto, *Mercosur, Integración, y Derecho*, Ediciones Ciudad Argentina e Intercontinental Editora, Buenos Aires, 1998.

RUBIN, Miguel E., “Algunas reflexiones sobre la continuación de la actividad de la empresa en la quiebra”, LL, 1987-B-913.

SABRA, Jesús, “Avances hacia el Mercado Común”, en la obra colectiva: *Estudios argentinos para la integración del Mercosur*, Centro de Economía Internacional, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, Buenos Aires, 1993, pag. 546.

SABRANSKY, Jorge – ZAMENFELD, Víctor, “La insolvencia extraterritorial”, en Revista argentina de Derecho Comparado, Año 1993, N 9.

SAGUES, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993.

SALERNO, Marcelo, “Treinta años de integración latinoamericana: perspectivas jurídicas y empresarias”, LL, 1991-D, 1104.

SALINAS, Juan, “La liquidación judicial de las entidades financieras y su eventual colisión con las disposiciones de la ley de quiebras”, ED, 31.

SANCHEZ CALERO, Fernando – SANCHEZ CALERO GUILARTE, Juan, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Thomson Aranzadi, Vol II, 28ª edición, Madrid, 2005.

SANCHEZ CORDERO, Jorge Antonio, Las garantías mobiliarias internacional. Su régimen de legalidad. Ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

SANCHEZ FELIPE, José Manuel, “La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia transfronteriza”, Revista Española de Derecho Internacional, Vol 50, Nº 2, 1998, pág. 317/331, Dialnet, Universidad de La Rioja, <http://dialnet.unirioja.es/>

SANCINETTI, Marcelo A., “El artículo 4 de la ley de Concursos: historia e historia de una reforma”, RDCO, año 17, 1984, pág. 139.

SANGUINETTI, Horacio, *Historia de las Ideas Políticas, Universales y Argentinas*, Prólogo Jorge Xifra Heras, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1977.

SANCHEZ LORENZO, Sixto, *Garantías reales en el comercio internacional*, Madrid, Civitas, 1993.

SÁNCHEZ SORONDO, Marcelo, “Análisis del Tratado del Mercosur”, LL, 1993-A, 781.

SANCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de Derecho Político. Los Problemas de la Democracia*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959.

SAVASTANO, Germán, “La excepción de arraigo” en *La Ley*, Buenos Aires, viernes 19 de octubre de 2007, págs.. 1-4 (tomo 2007-F).

SBERT, Héctor, “Las inversiones extranjeras en América latina y la integración regional”, en *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, N° 2, 2001, disponible en www.reei.org.

SCOTTI, Luciana, *El rol de los organismos internacionales en la armonización del Derecho Internacional Privado*, Centro Argentino de Estudios Internacionales, Programa Derecho Internacional, publicado en: <http://www.caei.com.ar/es/programas/di/24>.

SEQUEIRA MARTIN, Adolfo, “La relación entre el concurso y la situación de pérdidas patrimoniales graves como causa disolutoria en la Sociedad Anónima”, en *Diario La Ley* N 6610, Madrid, 15/12/2006.

SERIK, Rolf, *Apariencia y realidad en las Sociedades Mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, traducción y comentario de José Luis Bruttu, Editorial Ariel, Barcelona, 1958.

SMITH, Juan Carlos, “Los concursos civiles en el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940”, ED, Tomo 90, 923.

SOLÁ, Juan Vicente, “La jerarquía de las leyes y reglamentos nacionales con las normas del Mercosur”, LL, 1996-E, 739.

SOLARI COSTA, O., *Fusión y escisión nacional y transnacional de sociedades*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996

SPOTA, Alberto Antonio, “Nueva dimensión política de lo económico”, LL, 1995-B, 1181.

“Artículo 125 de la Constitución Nacional. Colisión posible entre los tratados de integración y la estructura federal argentina”, ED, 179 -856.

STAHNINGER DE CARAMUTI, Ofelia, “El Mercosur en el marco del regionalismo abierto”, en *Del Mercosur. Aduana. Jurisdicción. Informática. Relaciones Intercomunitarias*, Ciuro Caldani, Miguel Angel (coordinador), Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

STANDELLO, Joseph R., "The role of the International Registry Task Force (I.R.T.F.) in the development of the international registry for interest in aircraft", en *Uniform Law Review/ revue de droit uniforme*, 11 (2006), págs. 8-17.

STOLKINER, Armando, "El pronto pago laboral en el concurso preventivo", ED, t. 168, págs. 1179 y sgts.

STRASSE, Carlos, *Teoría del Estado*, Abeledo - Perrot, reimpresión, Buenos Aires, 1997.

TAWIL, Guido S., "Los Tratados de Protección y promoción Recíproca de inversiones: La responsabilidad del Estado y el Arbitraje Internacional", en *Revista LL*, 2000-D, 1106.

"Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADUI y el derecho aplicable. A propósito de las recientes decisiones en los casos Vivendi, Wena y Maffezini", en *Revista LL* 2003-A, 914.

TEITELBAUM a., "El papek de ks sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo", documento de trabajo para el Seminario sobre las sociedades transnacionales. Centre Europe tiers Monde Cetim, París 2001, www.cetin.es

TOFFLER, Alvin, *The Third Wave*, título original, "La tercera Ola", Plaza & Janes S.A. Editores, Barcelona, 1980,

TONON, Antonio, *Derecho Concursal. Instituciones generales*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

"La disolución de la sociedad por causa de la declaración de su quiebra", *LL*, 1987-D, 965.

UZAL, María Elsa, "Panorama actual de la regulación de la insolvencia en el derecho comparado. Análisis de la posibilidad de aplicación extraterritorial del art. 4 de la ley 24.522", ED, 172-910.

UZAL, María Elsa, "Panorama de la regulación de la insolvencia en el derecho comparado y en el derecho internacional privado argentino", *LL*, 2008-C, 827.

UZAL, María Elsa, "El art. 4º de la ley 19551. Algunas reflexiones sobre su filiación sistemática", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones (REDCO)*, Editorial Depalma Nº 106, 1985, págs. 527/33.

UZAL, María Elsa, "Algo más sobre la posibilidad de aplicación extraterritorial del art. 4º de la ley 24.522 y sobre las posibilidades de mayor cooperación internacional en materia de insolvencias transfronterizas", en *Derecho Internacional y de la Integración*. Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad Nacional del Litoral (Nº 1, junio de 2000).

VAISER, Lidia, "La categorización de los acreedores y el crédito laboral, intereses y beneficios", ED, t. 169 págs. 1264/68.

VALENCIA MERCAIDO, María Victoria, "La quiebra internacional", VI Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, San Martín de los Andes, 12 y 13 de noviembre de 1998. <http://www.concurso.bioetica.org/concurso22.htm>.

- VANOSSI, Jorge R., “Régimen de insolvencia transfronteriza”, Anteproyecto de ley ingresado a la Cámara de diputados de la Nación, 19/03/2004.
- VAN DER AVOORT, Alexander S., “El ordenamiento jurídico de la comunidad económica”, ED, 142-871.
- VARELA, Fernando, “Hablando de concentraciones empresarias y su problemática”, LL, 1997-C, 1471.
- VAZQUEZ, Adolfo Roberto, “La integración económica del continente americano: El mercado común hemisférico”, ED, 183-1453.
- VAZQUEZ, Adolfo Roberto, “El Mercosur y su necesaria complementación mediante un Tribunal Supranacional”, LL, 1998-E, 1201.
- VAZQUEZ VIALARD, Antonio, Tratado de Derecho del Trabajo y de la seguridad social, tomos I, II y V, Editorial Astrea, Buenos aires, 1984.
- VERON, Alberto Víctor, *Empresa y Sociedad comercial*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1996.
- VERON, Alberto Víctor, *La sindicatura y el delito de balance falso*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1981.
- VERON, Alberto Víctor, *Sociedades comerciales*, 4 tomos, Actualización, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1996.
- VERON, Alberto Víctor, *Las garantías del crédito*, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1993.
- VERON, Alberto Víctor, “Problemas concursales en el ámbito del MERCOSUR, y el régimen legal argentino”, en Eduardo M. Favier Dubois (h) (Dir.), *Negocios Internacionales y MERCOSUR*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires.
- VICENTE, Jorge J. P., “La solución de conflictos en el comercio internacional. El Mercosur”, Rev. El Derecho, N° 9195.
- VIDELA ESCALADA, Federico N., *Manual de Derecho Aeronáutico*, Editorial Zavalía, Buenos Aires, 1988.
- VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Derecho de las sociedades comerciales*, 7° edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.
- VILLORIA, Iñigo, “La rescisión concursal y los pagos realizados por el deudor antes de la declaración de concurso”, Diario La Ley N 6552, Madrid, 19/09/2006.
- VITOLLO, Daniel Roque, “La personalidad jurídica en materia societaria”, LL, 1990- D, 830.
- “Las sociedades constituidas en el extranjero y su acceso a los procesos concursales” en Revista de las Sociedades y Concursos, Número 24, set-oct. 2003, pág. 15 y sg.
- Sociedades extranjeras y off shore*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

V.V.A.A., *La Armonización Legislativa de la Unión Europea*, Editorial Dykinson, Tomo I, 1996 (306 pág); Tomo II, 2000 (416 pág).

VIVES CHILLIDA, J., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones*, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1998.

WEINBERG DE ROCA, Inés, “Concursos internacionales en la ley 24.522”, ED, 5 de diciembre de 1996/ ED, 170-978

WEINBERG, Inés M. y M. de AGUINIS, Ana María, “El control societario y la sociedades extranjeras. Nuevas y más amplias consideraciones sobre la ley aplicable”, RDCO, Buenos Aires, año 19, número 114 - dic/ 86, pág. 801.

WURST, Walter J. E., “La quiebra extranacional”, en Sección Doctrina, RDCO año 29 (1996) p. 443/465.

YMAZ VIDELA, Esteban M., *Protección de Inversiones Extranjeras. Tratados Bilaterales. Sus efectos en las Contrataciones Administrativas*, Ed. La Ley, 1999.

ZALDIVAR, Enrique, “Reactivación de sociedades disueltas”, Cuadernos de Derecho Societario. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976.

“Necesaria desregulación del control estatal de las sociedades mercantiles (Modificación de los arts. 5,6,10,60,67,168,299 y conc. Ley 19,550)”, ED, T 144 –1991, p.902-908.

“Transformación, fusión y escisión en la ley de sociedades comerciales (Reflexiones para interpretar y aplicar estos institutos)”, LL, 1976- D, 715.

ZARINI, Helio Juan, *Derecho Constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992. Constitución Argentina. Comentada y concordada. Texto según reforma de 1994, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996.

ZUNINO, Jorge O., *Sociedades comerciales. Disolución y Liquidación*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1984.

“Régimen de Sociedades Comerciales. Ley 19550”. 14 edición actualizada y ampliada, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1996.

Tratados y Documentos:

Tratado de Montevideo de Derecho Comercial de 1889.

Código de Sánchez de Bustamante y Sirvén de 1928.

Tratado de Montevideo Derecho Comercial Terrestre de 1940.

Ley 21.382. Inversiones Extranjeras.

Ley 22.921. Convención Interamericana sobre conflicto de ley en materia de sociedades mercantiles..

Ley 23.255. Convenio Constitutivo del CII..

Ley 24.353. Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados,

Ley 24.361. Convenio constitutivo del FOMIN.

Ley 24.522 de Concursos y Quiebras.

Fondo Multilateral de Inversiones, FOMIN (BID).

Página Oficial MIGA (Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones), Decreto 1863/1990.

Ley 24.891. Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR.

Ley 26.360 sobre Promoción de inversiones en bienes de capital y obras de infraestructura (B.O. 9 de abril de 2008)

Ley 26.352 sobre creación de sociedades Administración de Infraestructura ferroviarias Sociedad del estado y Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado (B.O. 27 de marzo de 2008)

Reglamento (CE) N 1346/2000 sobre Procedimientos de Insolvencia,
www.eu.int/index.es.htm

Decreto PEN N° 96/08 (16/01/08) Resolución Ministerio de economía y Producción N° 178 (04/04/08) sobre servicio de transporte ferroviario.

OACI (Organización de Aviación Civil Internacional) Documento 9864: Regulations and Procedures for the International Registry.

Ley Modelo UNCITRAL sobre Insolvencia Transfronteriza de 1997. Guía para la incorporación de UNCITRAL a los ordenamientos internos.
T.P://www.uncitral.org.

System of National Accounts, (SNA93); Sistematización de las Cuentas Nacionales.

Organisation for economic cooperation and development (OECD) Organización de Economía y Desarrollo para la Cooperación.

The Inter-Secretariat Working Group on national Accounts (ISWGNA), El Grupo de trabajo Intersecretarial para las Cuentas Nacionales.

The united nations Statistical división, La division de estadísticas de las naciones Unidas.

The World bank, el Banco Mundial.

Eurostat, Sastistical Office of the European communities, Oficina Europea de Estadística.

Dirección Nacional de Cuentas internacionales.

Subsecretaria de programación macroeconómica.

Secretaría de programación Económica y Regional.

Jurisprudencia

“Austral Bank International s/pedido de quiebra por Caramschi, José”, CNCom., Sala B, octubre 20, 1999, (LL, 2000-C, 539).

“Belum S.A. le pide la quiebra a TecnoCom San Luis S.A.” CNCom., Sala A, dic. 11-1998, ED, 185-624.

“Belforte Uruguay S.A. s/ concurso preventivo”, CNCom., Sala B (LL, 2003-E, 593) con nota de Miguel Angel Ciuro Caldani, publicado en Suplemento de Concursos y Quiebras, LL agosto 21, 2003.

“Pacesseter System Inc. s/ pedido de quiebra por Pacesseter S.A.”, CNCom., Sala C- abril 10, 1993 (LL 1993-B, 2447).

“Proberan International Corp S.A. s/ pedido de quiebra por Bracticevich, Jorge”, CNCom., Sala D, abril 13, 2000 (LL, 2001-B, 101 y J.A. 2000-Iv, 115).

“Sicamericana S.A. s. quiebra s. inc. de validez de transferencia de catálogo fonográfico”, CNCom., 26/08/1999 (J.A., 2001-I,148).

Páginas web

<http://www.ebrd.org/country/sector/law/insolve/princip/principles.pdf>

<http://www.globalinsolvency.com/insol/intinsolvencies/overview.hyml>

<http://www.iiiglobal.org/topics/pending.html>

<http://www.iiiglobal.org/international/protocolo.html>

http://www.europa.eu.int/eur-lex/pri/es/oj/dat/2000/1_160/1_16020000630es00010018.pdf

<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/text/insolven/05-80725>

<http://catedra-piaggi.com.ar/dcom>

URL: www.derecho.uba.ar/revistagioja