Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Maestría en Derecho Empresario

TESIS

"LA NECESIDAD DE UN NUEVO MARCO REGULATORIO EN MATERIA DE INSOLVENCIA INTERNACIONAL"

Alumno: Manfred Hang Kuchen

Tutor: Cristian Fox

MAESTRIA DE DERECHO EMPRESARIO

TESIS

"LA NECESIDAD DE UN NUEVO MARCO REGULATORIO EN MATERIA DE INSOLVENCIA INTERNACIONAL"

Alumno: Manfred Hang Kuchen

Tutor: Cristian Fox

2016/2017

LA NECESIDAD DE UN NUEVO MARCO REGULATORIO EN MATERIA DE INSOLVENCIA INTERNACIONAL.

ÍNDICE

CAPÍTULO I: LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA COMO CATEGORIA JURÍDICA 1

CAPÍTULO II: SISTEMAS DE REGULACIÓN DE INSOLVENCIA INTERNACIONAL 3

CAPÍTULO III: LA "NACIONALIDAD" DE LAS SOCIEDADES 6

CAPITULO IV: LO DISPUESTO EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES EN MATERIA DE SOCIEDADES EXTRANJERAS 8

- **i. El concepto de sucursal y el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social.** 10
- **ii. La relación entre el artículo 2°, inc. 2) de la Ley de Concursos y Quiebras y el artículo 118, última parte de la Ley General de Sociedades.** 14
- **iii. La participación de sociedades extranjeras en sociedades locales.** 16
- **iv. El caso de las sociedades extranjeras con domicilio en la República Argentina o cuyo objeto principal se cumpla en ella.Fundamentos del control estatal de sociedades extranjeras.** 19

CAPITULO V: LOS DOS REGIMENES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO VIGENTES EN ARGENTINA 21

- **i. Los Tratados o Convenciones Interancionales. Los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940.** 21
- **ii. La UNCITRAL: Sus leyes modelos.** 24
- **iii. Lineamientos Generales de las reglas sobre insolvencia transfronteriza de fuente interna (Ley 24.522; artículos 2° inc. 2; 3° inc. 5; y en particular el artículo 4°)** 25
- **a. ¿Cualquier concurso extranjero habilita la apertura del concurso local o solo la quiebra?** 26
- **b. ¿Que ley rige la prioridad pretendida por el acreedor?** 28

Universidad de San Andrés QUAERERE VERUM

c. Deudor domiciliado en el extranjero con bienes en Argentina. 29

d. Juez competente en la quiebra del deudor no domiciliado en la República Argentina. 31

e. ¿Como incide el concurso extranjero en la Argentina, cuando en este pais no hay activos y acreedores "locales", pero no hay concurso en Argentina. 32

f. La situación de los acreedores "extranjeros" en caso de concurso en Argentina: reconocimiento de créditos, prioridades y subordinación. 33

g. Paridad en los dividendos 35

<u>CAPÍTULO VI</u>: PRINCIPALES CONCLUSIONES. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA Y LA ADAPTACIÓN DE LA LEY MODELO UNCITRAL. 35

QUAERERE VERUM
Universidad de
SanAndrés

<u>CAPÍTULO I</u>: Los "procedimientos de insolvencia" como categoría jurídica.

A lo largo de los años, la cuestión vinculada a la insolvencia con repercusión más allá de la frontera nacional de un país, ha generado verdaderos dolores de cabeza para todos los involucrados.En particular, resulta engorroso armonizar las reglas de derecho internacional privado llamadas a resolver estos problemas. Como indica Rouillón, "*el estudio de estas reglas se asemeja al armado de un rompecabezas al cual invariablemente le faltan piezas y cuyo dibujo o diseño final es desconocido*"[1].

En consecuencia, comienzo este trabajo de investigación con una única advertencia preliminar: para muchos problemas que el concurso con elementos internacionales puede ocasionar,**no existen normas expresas en nuestro derecho positivo, ni se han obtenido todavía decisiones judiciales que pueden servir de precedente suficiente**.

A su vez, escribo este trabajo de investigación recién desatada una crisis económica mundial sin precedentes. **La pandemia del COVID 19 que estamos todavía atravesando, nos obliga a reflexionar sobre el marco normativo vigente en materia de insolvencia internacional y repensar un nuevo esquema que ayude a las empresas a atravesar de la mejor manera esta crisis económico-sanitaria, cuyos efectos económicos devastadores aún no podemos cuantificar**.

Producto del proceso de globalización, el tráfico negocial extendido a lo largo de todo el mundo, permite que personas domiciliadas en un estado, contraten con otras ubicadas en otros, celebrando contratos o acuerdos de distinta naturaleza y alcance. Como consecuencia de todo ello, se generan derechos y obligaciones de todo tipo, que generan una enorme dispersión internacional a nivel patrimonial.

En esta inteligencia, abordar la problemática de la insolvencia transfronteriza con la diversidad de enfoques que exhibe el derecho comparado, exige extremar el análisis en busca de las categorías jurídicas que resultarán de aplicación para encuadrar los supuestos de hecho del problema, y hallar las soluciones a dispensar a los diversos aspectos con los que se pueden presentar esos casosen nuestros días.

[1]Adolfo Rouillón, *Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la Ley Concursal Argentina 24.522*(RDCO, 1984), p. 1.

En este marco, y con base en el panorama de derecho interno, se observa que la categoría jurídica clásica utilizada para encuadrar el fenómeno de la insolvencia, remitía fundamentalmente a las soluciones propias de institutos liquidativos, de naturaleza colectiva, designados bajo la denominación de *quiebra* o *falencia.* Sin embargo, ya desde hace tiempo, esa categoría clásica ha ido evolucionando hacia una categorización más amplia, inclusiva de fórmulas preventivas que modernamente juegan junto con las fórmulas liquidativas, utilizándose una expresión comprensiva de ambas: el concurso.

La noción de "insolvencia" responde, tal como señala Luciana B. Scotti, a una "*situación de hecho, a una situación fáctica real, donde el deudor no se encuentra en condiciones de pagar sus deudas y sus bienes no son suficientes para solventar su pasivo*[2]". En consecuencia, el término "insolvencia" pretende evidenciar situaciones de impotencia patrimonial del deudor para hacer frente a sus propias obligaciones, englobando no solo procedimientos liquidativos sino también de reorganización del patrimonio, como por ejemplo el concurso preventivo.

El concurso preventivo y la quiebra, como procesos universales, involucran en su tramitación a todo el patrimonio del deudor revelado insolvente, lo que supone la necesidad de arbitrar medidas tendientes a cautelar y liquidar los bienes localizados en jurisdicciones internacionales distintas a la de aquel donde tramita el concurso y, además, presenta el desafío de conciliar los intereses de los acreedores con créditos pagaderos en el extranjero con los intereses de los acreedores locales (con créditos pagaderos en jurisdicción donde tramita el concurso).

En esta línea, la creciente globalización ha dado cauce a nuevas instituciones con soluciones calificadas como "asistemáticas", que permiten hablar de reorganizaciones, saneamiento, recuperación y salvatajes del deudor, que no solo discurren la clásica tensión deudor-acreedor, sino que se combinan con los intereses de dependientes, clientes, proveedores, consumidores y de la economía en general.

Tal como señala la Dra. Uzal, se ha gestado así una nueva categoría, que puede denominarse con título genérico de "*procedimientos de insolvencia*", "*comprensiva de los*

[2]Luciana B. Scotti*, La insolvencia internacional a la luz del derecho internacional privado argentino de fuente interna* (Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja", 2007), p. 160.

múltiples modelos normativos que incluyen la problemática privada entre deudores y acreedores y entre empresas y acreedores en situación de crisis económica o económico-financiera, pero que la trascienden, para abarcar soluciones que son respuestas funcionales a crisis sistémicas de la economía, incluso de la macroeconomía, generadoras de las graves situaciones de impotencia patrimonial de la que adolece el sector en el ámbito del derecho privado, cuyos avatares se encaran a través de diversos procedimientos que tienden a conjurar el fenómeno, recuperar la empresa y las fuentes de trabajo, procurando conciliar además, los intereses de los acreedores y hasta del propio deudor"[3].

El número de casos concursales abiertos en distintas jurisdicciones nacionales, respecto de un mismo deudor, viene incrementándose en las últimas décadas, especialmente en los países más desarrollados. Esto parece ser consecuencia irreversible de la tendencia hacia la globalización de las relaciones económicas y financieras. Hoy en día, y tal como indica Rouillón,"*no sólo las grandes empresas son multinacionales; también las empresas medianas apuntan a expandir sus actividades más allá de las fronteras de un determinado país, abriendo fábricas, oficinas, y sucursales, o constituyendo familias de empresas vinculadas en agrupamientos bajo variadas formas jurídicas. La regionalización y la internacionalización de las empresas aumentan como fruto de la dinámica globalizadora que prácticamente obliga a trascender las fronteras nacionales para crecer y, a veces, aun para sobrevivir en el mercado*"[4].

A modo de conclusión, podemos afirmar que la insolvencia transfronteriza implica **cualquier proceso colectivo destinado a resolver las crisis que afectan a un patrimonio internacionalmente disperso y se encuentran presentes acreedores locales y extranjeros**. En este marco, encontramos procedimientos liquidativos y/o de reorganización tales como: la quiebra, el concurso, el salvataje, el acuerdo preventivo extrajudicial, entre muchos otros.

<u>CAPÍTULO II</u>: Sistemas de regulación de la insolvencia internacional.

La doctrina especializada ha elaborado dos grandes criterios o sistemas de regulación de la insolvencia internacional: el sistema de la territorialidad y el de la extraterritorialidad.

---

[3]María Elisa Uzal, *Panorama de la regulación de la insolvencia en el derecho comparado y en el derecho internacional privado argentino*. (La Ley 2008-C), p. 828.
[4]Adolfo Rouillón*, Cooperación concursal internacional*(La Ley, 2016-A), p. 639.

El criterio de **regulación territorialista**“toma como punto de partida que las normas jurídicas creadas en un determinado Estado sólo podrán ser aplicadas por las autoridades de ese mismo Estado y dentro de sus fronteras, sin aceptar la posibilidad de aplicarlas por fuera de dichos límites”[5].

Si llevamos este criterio al terreno de la quiebra internacional, advertimos que determinado **el estado de cesación de pagos en un país, el trámite concursal comprenderá únicamente el patrimonio que se encuentre en dicho territorio**, y que tal estado concursal no habilita la apertura de procedimientossimilares en otros países en los que la fallida tenga bienes, créditos o deudas. En otras palabras, deberíamos acreditar el estado de cesación de pagos,o iniciar un nuevo expediente judicial,en cada territorio en donde se encuentre parte del patrimonio de la concursada o donde ella realice algún tipo de actividad. Bajo este esquema, es plenamente válido que una persona sea insolvente en un Estado, y plenamente capaz en el otro.

Una consecuencia de ello es la pluralidad de quiebra, lo que implica la existencia de tantos procesos de insolvencia, como deudas tenga la empresa en distintos Estados, y acreditar en cada uno ellos su estado de cesación de pagos.

Este sistema territorial es el que históricamente ha prevalecido en legislaciones nacionales.

Sin embargo, “más en la teoría que en la práctica, más en los libros que en las legislaciones, se abrió paso a otro sistema: **el de la extraterritorialidad”**[6].

En virtud de esta teoría, quien es fallido en un pais, debe serlo también en los demás. Es decir, el patrimonio de la persona es único y cualquier procedimiento concursal debe comprenderlo en su totalidad, siendo este prenda común de todos los acreedores. Tanto el estado de cesación de pagos como la sentencia judicial de quiebra, trascienden la frontera e impactan en otros países. El patrimonio es una universalidad.

Dentro del sistema de la extraterritorialidad encontramos dos formas: las del **juicio único** -donde existe un único proceso concursal donde asisten todos los deudores y acreedores-y

[5]Berta Kaller de Orchansky,Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado, 5ta. Edición (Plus Ultra, 1997), p. 15
[6]Luciana Scotti, ob. cit., p. 161

la de los **juicios plurales** -en la cual podrán abrirse tantos juicios de quiebra, como Estados donde se encuentre parte del patrimonio del deudor[7].

Ahora bien, es importante diferenciar las ideas de extraterritorialidad y territorialidad con las de unidad y pluralidad de juicio.

Es cierto que el sistema territorialista conlleva necesariamente la pluralidad de juicios, pero el sistema extraterritorialista admite ambas modalidades: unidad y pluralidad.

La principal diferencia entre los sistemas no radica en la modalidad de juicios que de ellas se deriven, sino en el reconocimiento extraterritorial del hecho generador, de la insolvencia. Por ello, es admisible que el sistema extraterritorial recepte la posibilidad de juicio plural.

Por el contrario, es inadmisible que el sistema de la territorialidad recepte unidad de juicios, puesto que el hecho generador en este sistema no trasciende las fronteras y quien solicite la quiebra deberá probar la insolvencia. Entonces, no se debe confundir la extraterritorialidad de la sentencia de quiebras con la extraterritorialidad del hecho generador de dicha quiebra, puesto que como se mencionó anteriormente, el hecho generador es el que tiene carácter de extraterritorial.

En la actualidad, **ningún país aplica un sistema u otro en sentido estricto**, en relación con la pureza de su formulación. Así, se han elaborado sistemas denominados mixtos o intermedios.

Suelen prever un procedimiento principal y la facultad de iniciar procedimientos segundarios; o bien, prevén que la quiebra declarada en un país, se extiende a los bienes muebles existente en otros paises pero no alcanza los bienes inmuebles, por ejemplo.

Tal como señala L. Scotti, "*un claro ejemplo de sistema intermedio el adoptado en la Unión Europea, a través del Reglamento 1346/2000 sobre Procedimientos de Insolvencia del Consejo Europeo del 29 de mayo de 2000, en vigor desde el 31 de marzo de 2002. Esta normativa típicamente comunitaria ha optado por un sistema coordinado entre un procedimiento principal y procedimiento/s secundario/s. En consecuencia, el denominado procedimiento principal tiene alcance universal y efectos extraterritoriales, pero se puede incoar procedimientos segundarios paralelos, territoriales, locales, en principio posteriores*

[7]Este sistema es el adoptado por los tratados de derecho comercial internacional de Montevideo de 1889 y 1940.

a la apertura del procedimiento principal y de liquidación en los estados miembros en los que el deudor tenga un establecimiento. Asimismo, la Ley UNCITRAL DE 1997 sobre Insolvencia Transfronteriza adopta un sistema similar de procedimientos principales y no principales"[8].

<u>CAPÍTULO III</u>: La "nacionalidad" de las sociedades

La existencia de sociedades comerciales de origen extranjero que, como personas jurídicas, operan en jurisdicciones distintas de la de aquella que —se supone— le dio "nacimiento", plantea inmediatamente la controversia sobre si son o no susceptibles de tener *nacionalidad*.

La terminología comúnmente usada -sociedades extranjeras- nos enfrenta directamente al delicado asunto de la nacionalidad de las sociedades cuya trascendencia se advierte cuando un ente fundado en otro país pretende actuar en el nuestro.

Con el devenir de los años, las legislaciones se han dividido en dos grandes corrientes sobre este tema: las que reconocen nacionalidad a las sociedades y las que les niegan tal atributo.

Por lo general, "*la nacionalidad de las sociedades ha sido esgrimida por los países exportadores de capitales a fin de proveer asistencia a sus sociedades. Por el contrario, la tendencia de los Estados importadores de capitales, como la República Argentina, ha sido negar la nacionalidad de las sociedades comerciales para garantizar el sometimiento a sus propias leyes*"[9].

Personalmente entiendo que las personas jurídicas no son nacionales ni extranjeras, ya que deben su existencia a las leyes dellugarde constitución, lo que justifica que esas leyes rijan las formalidades del acto fundacional y, en general, las cuestiones que configuran el estatuto social.

---

[8]Luciana Scotti, ob. cit., p. 163

[9] Daniel Truffat, *Resolución General IGJ 7/03*, (El Derecho, 2004), p. 92.

Tal como lo señalan las Dras. Bittar de Duralde y Mantegani, "*el punto de referencia en nuestro país es la conocida doctrina expuesta en el año 1876 por el Dr. Bernardo de Irigoyen -entonces canciller argentino- al desestimar una protesta del gobierno británico por la intervención de la sucursal del Banco de Londres en la ciudad de Rosario dispuesta por el gobierno de la Provincia de Santa Fe, y el procesamiento del gerente de dicha entidad. El conflicto se planteó porque la sucursal se negaba a cumplir una normativa dictada por autoridades locales, y el gobierno inglés amenazó con el uso de la fuerza si no se eximía de su cumplimiento a la sucursal perteneciente a una sociedad de nacionalidad británica. La pretensión británica se fundó en el incuestionable principio del Derecho Internacional Público, según el cual todo Estado tiene el derecho y el deber de prestar asistencia diplomática a sus nacionales. Pero el canciller argentino sostuvo la inaplicabilidad de dicha norma a este caso, afirmando directamente que* ***las sociedades anónimas no tienen nacionalidad****, pues la existencia y actuación de ellas no puede equipararse a vinculación política entre un ciudadano y un Estado determinado, habida cuenta de que el contrato de sociedad sólo tiene el efecto de crear entre los socios un vínculo jurídico de base económica*"[10].En palabras de Colombres, "*la nacionalidad de las personas jurídicas -como una sociedad comercial-, desde un punto de vista jurídico y real, implica la implementación de un recurso técnico creado por la ley para el cumplimiento de determinados fines, produciendo un estado del que derivan importantes consecuencias; principalmente, determinar cuál es la ley aplicable para resolver su capacidad, la invocación de la protección diplomática, el régimen de inversiones extranjeras y las empresas multinacionales. En virtud de ello es que puede decirse que,* ***si bien la sociedad no es susceptible de nacionalidad a priori, no cabe la imposibilidad de caracterizarla como nacionalidad o extranjera cuando el derecho entra a regularla como tal"***[11].

En virtud de lo expuesto, estamos en condiciones de afirmar que las sociedades extranjeras son, entonces, personas jurídicas a las que se les otorga un especial estado, de acuerdo con los criterios de atribución del vínculo de nacionalidad, en función de los diferentes fines o consecuencias para los que se aplican.

---

[10] Amara Bittar de Duralde y Silvia Mantegani, *Apuntes sobre Sociedades Extranjeras* (Revista Notarial N° 89, 2008).

[11]Gervasio R. Colombres, Curso de derecho societario (Abeledo-Perrot, 1972), p. 130.

Históricamente cuatro son los criterios o sistemas propuestos para la atribución de nacionalidad a las sociedades: el que decidan los fundadores (autonomía de la voluntad); el de lugar de la constitución (*incorporation*); el de la sede social (*siége*), y el de las personas que aportan su capital o la dirigen o administran (control).

La ley 19.550, al determinar el régimen aplicable a las sociedades constituidas en el exterior, distingue la **fundación** de la **actuación** de una sociedad.

Enseña Zunino que, "*dado que las sociedades deben su existencia a las leyes del lugar de constitución, es lógico y razonable que, en lo referente a esta cuestión -constitución, formalidades que deben observarse en el acto fundacional, tipicidad, capacidad, administración, órganos de gobierno, etc-, la ley aplicable a una sociedad comercial sea la de su país de origen. Pero con respecto a la segunda cuestión - actuación de las sociedades foráneas en nuestro país-es la ley argentina la que determina las exigencias a que dicha actuación debe someterse*"[12].

Cuando una sociedad fundada o constituida en el exterior actúa activamente en la República, queda sometida a las leyes argentinas por exigirlo así razones de orden público vinculadas con el ejercicio de la soberanía del Estado.

En la Exposición de Motivos de la ley 19.550, se consigna que en este asunto la Comisión trató "*de conjugar los intereses en juego y de poner en un Pie de paridad a las sociedades constituidas en el país y a las constituidas en el extranjero, tratando de no caer en un tratamiento peyorativo, ni en un trato preferencial que contradiga, en todo caso, el precepto constitucional de igualdad ante la ley*".

<u>CAPÍTULO IV</u>: Lo dispuesto por la Ley General de Sociedades en materia de sociedades extranjeras.

A nivel nacional, el marco normativo aplicable a las sociedades extranjeras se encuentra regulado en los artículos 118 a 124 de la LGS. El artículo 118 establece un

[12] Jorge Osvaldo Zunino, *Régimen de sociedades comerciales revisado, ordenado y comentado* (Astrea, 2001), p. 155.

principio básico en virtud del cual la sociedad constituida en el extranjero, se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de origen.

Cuando la LGS habla de la *existencia* de la sociedad constituida en el extranjero no puede referirse sino a su personalidad jurídica, en orden a su capacidad para contraer sociedad o participar en otras sociedades, reglas éstas de derecho extranjero concernientes a la personalidad jurídica que resultan aplicables en tanto no infrinjan nuestro orden público.

Cuando la norma indica el *lugar de constitución*, debe entenderse el país donde la entidad ha cumplido con las formalidades prescriptas por las leyes allí vigentes, para obtener de los poderes públicos el reconocimiento de su personalidad jurídica, o la ha obtenido de manera automática, como consecuencia del acto jurídico privado originario.

Cuando se refiere a la *forma*, la LGS alude a la tipificación societaria (colectiva, sociedad de responsabilidad limitada, anónima, etc.), o de no ser así, al conjunto de solemnidades prescriptas por la ley (*locus regit actum*) que debe observarse al constituirse la Sociedad.

De esta forma advertimos que la LGS adopta el principio de la extraterritorialidad -entendida esta como la validez que se otorga a una norma jurídica foránea-. En otras palabras, las sociedades constituidas y domiciliadas en el extranjero no necesitan nueva constitución para ejercer sus actividades en el país, con lo cual se les preserva su personalidad jurídica; pero tal principio no tiene alcances ilimitados, sino que, por el contrario, va acompañado de la teoría del control respaldado en la preservación del orden público, la prohibición del fraude a la ley y la calificación de la personalidad jurídica.

El régimen de extranjería en materia societaria -normas referidas a sociedades extranjeras que realizan actividad comercial en nuestro país- se concentra, como ya hemos destacado, en la actuación de las sociedades foráneas en el territorio de la República Argentina, contemplando tres modalidades básicas, de conformidad a los arts. 118y 123 LS, a saber:

1. Realización de actos aislados;

2. Ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, como así también el establecimiento de sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente; y

3. Constitución de sociedad en la República. Es el caso en que una sociedad formada en el extranjero constituya -como socia- una sociedad nueva en nuestro país o adquiera la participación de una sociedad ya existente. En esta línea, Richard y Muiño acotan que "*la doctrina coincide de forma unánime al señalar que la expresión constituir empleada en el artículo 123 de la LSC, es comprensiva de toda participación societaria, ya sea que el carácter de socio se adquiera en el momento de constitución de la sociedad o en instancia posterior*".[13]

Con respecto a la realización de actos aislados por parte de las sociedades extranjeras, y por exceder su análisis el objeto del presente trabajo de investigación, me limitaré a decir que toda sociedad constituida en el extranjero se halla habilitada para realizar en el país actos aislados y estar en juicio, conforme lo establece expresamente el artículo 118, segundo párrafo de la LGS.

Realizada esta aclaración,a continuación, describiré los supuestos que prevé la normativa vigente en materia de sociedades extranjeras.

i. El concepto de sucursal y el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social

Si bien no hay en el derecho argentino normativa alguna que defina exactamente el concepto de sucursal, podríamos afirmar que se tratan de instrumentos operativos para el desarrollo de negocios en localizaciones distintas que la del negocio madre. Por ello la característica que la destaca es su accesoriedad. Es la misma persona jurídica. La sucursal es mera extensión de la matriz por lo que sus negocios son los mismos que forman el objeto de la principal. Esto último lo ha reiterado la jurisprudencia argentina en un sin número de fallos.

[13] Efrain Hugo Richard y Orlado Manuel Muiño, *Derecho Societario* (Astrea, 1997), p. 853.

Puede ser definida la sucursal como "*la dependencia con limitada autonomía jurídica para celebrar negocios, dependencia separada de la casa central, pero que ésta responde por las obligaciones de aquélla en forma directa*"[14]. Esto es, **más allá de su relativa autonomía, sucursal y casa matriz configuran una misma persona jurídica**.

En la misma línea, podemos afirmar que"*toda sucursal es una dependencia separada de la casa central, la cual, no importa la distancia a la que se encuentre, no resulta, sin embargo, independiente de esa matriz y, si bien goza de una relativa autonomía para realizar negocios y puede individualizársele asignación de capital, ello no quita que su patrimonio pertenezca a la matriz y que ésta responda por las obligaciones de la sucursal en forma directa*"[15].

El tercer párrafo del artículo 118 de la LGS precisa los recaudos exigibles a la sociedad extranjera para "*el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social*" como así también para "*establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente*" y registrarse como tal ante el Registro Público de Comercio que corresponda conforme el domicilio constituido en el país. Tales exigencias se encuentran vinculadas a: 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 a un representante legal y, finalmente, si se tratare de una sucursal se determinará además el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales, como ocurre con la actividad bancaria y los seguros. Sin perjuicio de lo indicado, es menester señalar que más allá de los casos expresamente exigidos por la ley, la sociedad extranjera puede decidir voluntariamente asignar un capital de giro a su representación local.

Desde el plano concursal, el capital fijado a la sucursal por la sociedad extranjera resulta relevante a los efectos del art. 2 inc. 2) de la LCQ. El capital asignado a la sucursal puede

[14]CNCom., Sala A, 15/08/1980, "*Rossi, Eudaldo c. Banco Shaw Casa Central*", ED, 91-450, RED, 15-929.
[15]CNCom., Sala B, 22/06/2000, "*Ridiwel SA s. concurso preventivo*", Lexis, 30.011743

calificarse como "*los bienes a los que refiere la norma concursal citada y que permite declarar la quiebra en nuestro país*"[16].

De conformidad al artículo 120 de la LGS, las sociedades extranjeras que desarrollan actividad habitual en nuestro país -hipótesis del art. 118, párrafo 3°- deben llevar en la República contabilidad separada y someterse al contralor que corresponda al tipo de sociedad. Tal exigencia no es aplicable a los supuestos de actos aislados ya que para su celebración la sociedad extranjera solamente designa un apoderado.

En otro orden, el artículo 122 de la LGS establece que el emplazamiento en juicio a una sociedad extranjera puede cumplirse en Argentina. Estos supuestos podrán originarse por un acto aislado, en cuyo caso, deberá efectuarse en la persona del apoderado que intervino en el acto o contrato que motive el litigio; o bien, si existiere sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación, en la persona del representante legal. En el primer caso, el emplazamiento se hará en el domicilio contractual fijado por el apoderado, y en el segundo supuesto, se efectuará en el domicilio constituido en la República de conformidad al inc. 2 de la tercera parte del artículo 118 de la LGS.

De modo que si la sociedad del exterior ha cumplido con esta exigencia de la LGS, será el juez competente para su concurso el del domicilio así constituido en el país; deberá acudirse al inc. 5º delartículo 3 ° de la Ley 24.522, cuando se haya constituido domicilio especial en la República[17].

En este estado, cabe preguntarse acerca de la responsabilidad del administrador de una Sucursal, una vez que se ha determinado que la Sucursal está en zona de insolvencia ¿qué obligaciones se deben y a quién?

Nuestra ley se ha ocupado de regular específicamente la responsabilidad del representante legal a través de los artículos 59, 121, 122 y 274 de la LGS. Dicha responsabilidad se encuentra comprometida en similares términos a los que se establecen para los directores y administradores de las sociedades que tienen su domicilio en nuestro país.

---

[16] Germán E. Gerbaudo, *"Concurso de un deudor domiciliado en el extranjero con bienes en el país. Controversias en relación con el foro internacional del patrimonio (Art. 2°, Inc. 2) de la LCQ"*(Sup. CyQ 2010)

[17]CNCom., Sala D, 13/04/2000, "*Proberan Internacional Corp. SA s/pedido de quiebra*". Jurisprudencia Argentina, 4/10/2000.

Conforme lo señalado, el artículo 121 de la Ley de Sociedades Comerciales establece que "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 otro orden, el artículo 122 establece que "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". Esta disposición ha sido interpretada en un doble sentido, tanto en relación con la responsabilidad frente a los terceros situados en el país como también respecto de la responsabilidad del representante ante los socios de la casa matriz.

En materia de responsabilidad del representante legal, es importante la resolución particular de la IGJ N° 551 del 17 de mayo de 2005. En dicha resolución, la sociedad "Tipiel Sociedad Anónima" había requerido la inscripción de la sucursal de dicha entidad, cuyo domicilio de origen se encontraba en la ciudad de Bogotá, Colombia, y que se dedicaba fundamentalmente a la actividad petrolera. De conformidad con todos los documentos acompañados a las presentes actuaciones, no le había sido fijado capital a la sucursal argentina, y en cuanto a los datos personales del representante legal de dicha sociedad en el país, se nombró a un representante, quien constituyó domicilio especial en un domicilio específico de la Ciudad de Buenos Aires. Ante ello, inicialmente el departamento de Sociedades Extranjeras de IGJ requirió que, en virtud de lo dispuesto por los artículos 121 y 122, apartado b) de la ley 19.550, la sociedad debería designar por lo menos a otros dos representantes –estableciendo la forma de actuación que prefiriera–, quienes deberían tener su domicilio real en el país, por imperativo del artículo 256, cuarto párrafo de la ley 19.550. Luego de un ida y vuelta entre la sociedad extranjera y el organismo contralor, el entonces titular de la IGJ ordenó la inscripción de la sociedad "Tipiel Sociedad Anónima". Es decir, cambio la interpretación imperante hasta entonces, y consagró la doctrina "no organicista" de la relación que rige al representante de la sociedad constituida en el exterior. En virtud de este precedente administrativo se consagra la tesis de que la actuación del representante de la sociedad extranjera, al no tener carácter orgánico conforme la regulación local, no debe someterse a la obligatoriedad del artículo 256, cuarto párrafo de la ley 19.550, que impone que la mayoría absoluta de los directores deben tener domicilio real en la República. Esto último, no impide el acatamiento de estas personas al régimen

de responsabilidad que especialmente les impone la ley argentina en los artículos 121 y 122, en este caso sí asimilable a la actuación de los administradores locales.

Al disponer el art. 121 citado que el representante de la sucursal tiene la responsabilidad del director de la sociedad anónima, la doctrina considera que esa asimilación de responsabilidades implica una asimilación de deberes y obligaciones, o sea, conferirle un estatuto similar al de director, debiendo ajustar su conducta al art. 59 de la ley 19.550

Un dato no menor para juzgar la responsabilidad de los representantes en un caso puntual, es la documentación respaldatoria de sus actos y de sus decisiones, como así que éstas sean "decisiones informadas" o sea que se basen en elementos documentales, jurídicos y contables. En consecuencia, en esto suspuestos, será muy importante para el representante legal poder justificar su proceder a través de documentación que así lo avale.

Al representante de una sociedad extranjera, a pesar de ser técnicamente un "factor", se le atribuyen las mismas responsabilidades y deberes que a los directores de sociedades anónimas.

En materia de **responsabilidad de los administradores en caso de quiebra**, la ley 24.522 es restrictiva y **exige "dolo" en la actuación** (art. 173 ley 24.522), pero el art.1724 del Código Civil y Comercial de la Nación amplía dicho concepto, que ahora no solo se configura cuando se provoca un daño "de manera intencional" sino también cuando existe "**manifiesta indiferencia por los intereses ajenos**", lo que extiende la responsabilidad a muchos otros casos.

El cambio de deberes en el momento de ingresar en la zona de insolvencia -entonces- apunta a proteger a los acreedores y a asegurar la conservación de los activos sociales.

Sin embargo, este cambio de deberes no significa que el administrador no deba considerar otros sectores en su proceso de toma de decisiones. De hecho, los administradores se enfrentan con la tarea de considerar a todos los sectores en sus decisiones, incluyendo a los accionistas y a los acreedores, pero no sólo a éstos.

ii. La relación entre el art. 2°, inc. 2) de la LCQ y el art. 118, última parte de la LGS

El art. 118, última parte de la LGS, se refiere al supuesto de que una sociedad constituida en el extranjero establezca en nuestro país una sucursal. En ese supuesto se dispone que "si se tratare de una sucursal se determinará además el capital que se le asigne cuando corresponda por las leyes especiales".

Por otro lado, una primera manifestación de autonomía de la sucursal se refiere al plano jurisdiccional donde el domicilio de la sucursal se considera un "domicilio especial". En el artículo 152 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) se establece que*"…La persona jurídica que posee muchos establecimientos o sucursales tiene su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos sólo para la ejecución de las obligaciones allí contraídas…*". Esta circunstancia reviste particular interés para los empleados de la sucursal, ya que como eventuales acreedores de esta última, no tendrán que recurrir al domicilio de la casa matriz para accionar en su contra, sino que podrán demandarla en el lugar donde se encuentra sito el domicilio de la sucursal.

Ahora bien, la posibilidad de demandar en un domicilio ¿impide demandar en el otro? Doctrinariamente no hay uniformidad. Personalmente entiendo que los acreedores de la sucursal pueden accionar directamente en el domicilio de la matriz, lo que es coherente con el hecho de ser una misma persona jurídica. En cuanto a la segunda regla, entiendo que existe una imposibilidad de los acreedores de la matriz de demandar en el domicilio de la sucursal, toda vez que último esto debiera estar limitado a obligaciones contraídas única y exclusivamente por la sucursal.

De todos modos, cabe aclarar aquí que "*la imposibilidad de demandar no equivale a la inmunidad patrimonial y que los acreedores de la matriz tienen derecho a agredir los bienes de la sucursal por tratarse de un mismo patrimonio, pero deben cumplir con las exigencias procesales respectivas. En su caso, iniciar las acciones ante el juez del domicilio competente y luego ejecutar la sentencia en el lugar de existencia de los bienes. Complementariamente, cabe destacar que la ley 19.550 prevé que el emplazamiento en juicio de una sociedad constituida en el extranjero puede cumplirse en el país, si existiera sucursal, en la persona del representante (art. 122 inc.b), lo que también implica autonomía de emplazamiento. De todo ello resulta que cuando no se trata de una mera sucursal de*

una sociedad local sino del caso de una sucursal de una sociedad constituida en el extranjero, la autonomía se manifiesta con mayor fuerza."[18]

En caso de la declaración de concurso en el extranjero, y tal como sostenía Halperín hace cinco décadas, el patrimonio de la sucursal va a mantener autonomía respecto del patrimonio de la matriz[19].
En el punto, y si no se trata de un país signatario de los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, la cuestión quedará regida exclusivamente por las normas internas de derecho internacional privado concursal aplicables, que se considerarán en los capítulos siguientes.

iii. La participación de sociedades extranjeras en sociedades locales

El artículo 123 de la LGS, como ya adelanté, establece como otra modalidad de actividad habitual la constitución de sociedad en la República por parte de una sociedad extranjera o su participación en aquéllas.

Dicha norma dispone: "*Para constituir sociedad en la República, deberán previamente acreditar ante el juez de 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*".

La deficiente redacción de esta norma legal podría inducirnos a concluir, sobre la base de una interpretación literal, que sus prescripciones son sólo exigibles a la sociedad extranjera que interviene como fundadora de una sociedad local. No obstante ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que el concepto de "constitución" abarca la fundación como así también la adquisición de cuotas o acciones de una sociedad local ya existente o que exista en un futuro.

[18] Eduardo M. Favier Dubois (H), *La autonomía legal de la sucursal extranjera. Insolvencia de la matriz y deberes de los representantes* (La Ley 2017-D, 18/08/2017)
[19] Isaac Halperín, *Sociedades Comerciales. Parte General* (Depalma, 1966), p. 79.

Adviértase que la falta de inscripción de la sociedad extranjera en el Registro Público de Comercio, traerá aparejado como sanción, que se considerará a la misma como sociedad irregular respecto de los actos que celebre en el país.

Respecto a la entidad jurídica que tiene esta sociedad extranjera con relación a la sociedad local en la que participa, cabe señalar que no es lo mismo que una sociedad extranjera abra una sucursal en la República Argentina, conforme lo dispone el artículo 118 anteriormente descripto, participe en una sociedad local —filial— conforme lo autoriza el artículo 123 de dicho ordenamiento societario, pues en el primer supuesto, la casa matriz responderá por las obligaciones contraídas en el país por su sucursal, mientras que en el segundo caso, "***sólo se responderá ante los acreedores nacionales con el capital social con que cuente la filial argentina, no siendo admisible —como principio y a salvo del remedio previsto por el art. 54 in fine de la LGS— que la sociedad controlante extranjera deba responder por tales obligaciones*****"**[20].

Sobre esto último, podría darse la posibilidad de declarar la quiebra de la sociedad extranjera por aplicación de una situación de extensión de la quiebra, cuando se acredita alguno de los supuestos del artículo 161 actual. Los extremos serían:

a) la responsabilidad consiguiente en la quiebra de una sociedad local por confusión patrimonial inescindible con la sociedad extranjera, que es el supuesto menos probable; o

b) por desvío indebido del objeto social de la fallida, como fruto de una situación de control, situación ésta con mayores posibilidades en la práctica y cuyo primer antecedente jurisdiccional entre nosotros fue anterior a la vigencia de las Leyes N° 19550 y 19551, esto es, el famoso caso Swift.

En otro orden, particular interés reviste el caso Great Brands[21], en donde se discutía acerca de la calidad del accionista controlante de la sociedad local, Havanna S.A.

Great Brands era una sociedad constituida regularmente de conformidad con la normativa vigente en Islas Caimán. Esto la situaba liminarmente en la primera parte del art. 118 de la

[20]IGJ, "Urbaser SA", 15/07/2004, Lexis nº 70.014.037.
[21]CNCom., sala C, 27/12/02, Great Brands Inc. s. concurso preventivo, LL 2003-C-789.

ley de sociedades, en cuanto dispone que su existencia y forma están determinadas por las "*leyes del lugar de su constitución*". Por tanto, acorde con ese criterio que cierta doctrina denomina de hospitalidad, correspondía reconocer *prima facie* el carácter de sujeto de derecho a esa sociedad.

Asimismo, de los antecedentes del caso se desprende que su actuación en la República Argentina se centraba en la participación accionaria de una sociedad constituida aquí -Havanna S.A.-, siendo titular de casi la totalidad de sus acciones.

Según calificada doctrina, esta situación, en que la participación resulta relevante o gravitante para la sociedad participada, hace inapropiado reducir el enfoque al acto de adquisición de las acciones como un acto aislado[22], en el sentido que cabe asignar a tal expresión empleada en el art. 118 de la LGS como opuesta a una actividad habitual[23]. Algunos autores consideran que la metodología de la LGS "*consiste en apartar la participación de sociedades de las figuras del acto aislado y de actividad habitual, dándole un encuadramiento propio en el art. 123 LGS*"[24].

Desde esa perspectiva que adopta la resolución de grado, el supuesto previsto en el art. 124 de la LGS -cuyo antecedente puede verse en el art. 286, Cód. de Comercio- estaría dirigido a la sociedad que, por su sede social o el sitio donde esté destinado a cumplirse su principal objeto, tendría que haberse constituido en el país, de modo que su constitución en el extranjero **podría ser interpretada como un medio para eludir la aplicación de las leyes de la República**. Por eso, la consecuencia que depararía tal situación sería considerar a esta sociedad como si fuese una "sociedad local" a los efectos del cumplimiento de las formalidades para su constitución, reforma y control de su funcionamiento. De esa manera se neutralizaría la finalidad de eludir la ley argentina, haciendo aplicable esta misma ley que se habría procurado evitar[25].

---

[22]Isaac Halperín, actualizado por Enrique M. Butty,*Curso de derecho comercial*, vol. I, (Depalma, 2000) p. 366 y 367.
[23]CNCom., sala C, 31/08/2001 "Guereño, Luis Angel s/conc. prev. - inc. de rev. por la concursada al crédito del Banco Francés Uruguay S.A."
[24]Guillermo Cabanellas, "*Aspectos procesales de las sociedades extranjeras*"(Rev. de Derecho Comercial y de las Obligaciones, N° 185, 1999) p. 1 y sigtes., en particular p. 28, cita coincidente de A. Boggiano.
[25]Alberto V. Verón, "*Sociedades comerciales*", Tomo II (Astrea, 1993) p. 530.

Así las cosas, a fin de resolver la cuestión, la Sala C de la Cámara Nacional en lo comercial intento responder los siguientes interrogantes que están en la base misma del problema planteado: (i) si en el *sub lite* corresponde ese encuadramiento que hizo el *a quo*; y en su caso, (ii) ¿cuál o cuáles serían las consecuencias de tal situación?; en particular, (iii) ¿qué incidencia habría que atribuirle en punto al acceso que se pretende a la vía el concurso preventivo?

En síntesis, la Cámara entendió que más allá de una sana prevención que subyacían en el pronunciamiento recurrido, **no se advertían elementos concretos y precisos demostrativos de un fraude a terceros**, ni se avizoraba en qué habría de consistir la afectación del orden público societario, toda vez que la inscripción de la sociedad en la IGJ, en el marco del art. 123 de la LGS, parece suficiente para resguardarlo, dadas las amplias facultades que la ley confiere a ese organismo de contralor. De modo que no resultó predicable para la Sala C, la ubicación de Great Brands en el supuesto de hecho que prevé el art. 124 de la LGS.

iv. El caso de las sociedades extranjeras con domicilio en la República o cuyo objeto principal se cumple en ella. Fundamentos del control estatal de las sociedades extranjeras.

Universidad de SanAndrés

Este supuesto está previsto en el artículo 124 de la LGS y tiene gran relevancia dada la enorme cantidad de sociedades offshore que han sido constituidas por regla general en países considerados como "paraísos fiscales". Cuando una sociedad constituida en el extranjero funciona exclusivamente en territorio argentino o, al menos, desarrolle en el mismo su actuación fundamental, es decir, cuando tenga su sede en la República Argentina o su objeto principal esté destinado a cumplirse en la misma, queda sujeta al régimen de sometimiento superlativo a las leyes argentinas, de conformidad al artículo 124 de la LGS, según el cual dicha sociedad será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de reforma y contralor de funcionamiento.

El ámbito de aplicación del artículo 124 de la LGS, apunta a lo que la doctrina denomina "sociedades constituidas en fraude a la ley", esto es, sociedades destinadas a actuar exclusivamente en la República, pero constituidas en el exterior al amparo de legislaciones

más benignas. Al respecto advierte Nissen que las sociedades extranjeras descriptas en este artículo "*deben ser consideradas como sociedades locales para todos los efectos, a los fines de evitar que invoquen el derecho de su país de origen cuando les resulte más conveniente*[26]".

El "principal objeto", al que alude el artículo 124 de la LGS es la actividad concreta y primordial que realiza la sociedad. En dicho contexto, "*la actividad es la manera a través de la cual la sociedad cumple con su objeto social"; y el principal objeto de una sociedad comercial se cumple en la República cuando la mayor parte de su actividad se desarrolla y cumple efectivamente en ella*[27]".

En ese contexto, han dicho nuestros tribunales que"*la sociedad demandada de quiebra, atendiendo a sus características -principalmente que no puede realizar actividad en su país de constitución y que no demostró haberla realizado en otro país distinto a la Argentina-, debe ser considerada como una sociedad local por aplicación del artículo 124 de la LGS*"[28], sometida, en consecuencia, al contralor de los jueces de esta jurisdicción.
En esta línea, se ha señalado respecto de una sucursal extranjera que"*no obstante de que en nuestro país había sido registrada conforme lo dispuesto por el artículo 118 de la LGS, pues si bien no adaptó su inscripción a las normas de la IGJ, claramente se trata de una persona jurídica que no tiene los rasgos propios que se le asignan a la figura de sucursal. En efecto, se ha dicho sobre el particular que una sucursal se caracteriza, entre otras cosas, por ser una "mera descentralización administrativa de la matriz", y en el caso no existe una casa matriz o central de la cual dependa la sociedad inscripta en nuestro país*"[29].

El principio de soberanía del Estado justifica el contralor de la actuación de las sociedades foráneas en territorio argentino, siendo la exigencia de inscripción en los registros mercantiles locales un eficaz mecanismo a tales fines. La necesidad de dicho control es esencial para la protección de los terceros que contratan con la sociedad -principio rector

[26] Ricardo Nissen, "Curso de Derecho Societario" (Ed. Ad-Hoc, 2006) p. 316
[27] Daniel Vitolo, "*Sociedades Constituidas en el Extranjero con sede o principal objeto en la República*" (El Derecho, 2005)p. 51.
[28] CNCom, Sala A, 18/04/2006 "Boskoop SA s/ quiebra s/ incidente de apelación"
[29] CNCom, Sala E, 25/10/2016 "Petroex Uruguay S.A Le Pide La Quiebra Banco General De Negocios Sa Y Otro".

de nuestro régimen societario- ya que permitirá determinar la eventual responsabilidad por el pasivo social y, en suma, asegurará la certeza en el tráfico mercantil.

<u>CAPÍTULO V</u>: Los dos regímenes de derecho internacional privado vigentes en Argentina.

i) Los tratados o convenciones internacionales. Los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940.

La experiencia indica que el camino de los tratados o convenciones internacionales multilaterales sobre procedimientos concursales es difícil de recorrer y pocas veces conduce a buen destino.

Como señala Rouillón ”los intentos de regulación internacional de algunos aspectos de los concursos transfronterizos sólo han redundado en escasas concreciones. Además del Tratado de Montevideo de 1889 (ratificado por Perú, Bolivia, Colombia, Paraguay, Uruguay y Argentina) y el Tratado de Montevideo de 1940 (ratificado por Paraguay, Uruguay y Argentina), en el mundo sólo pueden exhibirse como ejemplos, de alguna relevancia, al Código de Bustamante, firmado en la Conferencia de La Habana de 1928 y ratificado por Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela; y a la Convención Nórdica sobre Quiebras, firmada en Copenhague en 1933 y de la cual son partes Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia”[30] .

En Argentina hay dos regímenes diferentes para los problemas de las insolvencias transfronterizas; uno, de fuente internacional, contenido en elTratado de Montevideo de derecho comercial de 1889 y el Tratado de Montevideo de derecho comercial terrestre internacional de 1940; y otro, de fuente interna, contenido en la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522.

Mientras que el Tratado de 1889 es obligatorio en casos de quiebras internacionales conectadas a los siguientes países (ratificantes): Peru, Bolivia, Colombia, Paraguay, Uruguay y Argentina (y la adhesión de Colombia). El Tratado de 1940 es obligatorio solo entre Argentina, Paraguay y Uruguay.

[30] Adolfo Rouillón, “Cooperación concursal internacional”(La Ley, 21/12/2015)

Ambos tratados contemplan la falencia (artículos 35 a 48 en el Tratado de 1889, y artículos 40 a 53 en el Tratado de 1940), constituyendo las fuentes convencionales vigentes en nuestro país.

También ambos establecen que son jueces competentes para declarar la quiebra, los del domicilio del comerciante o de la sociedad mercantil, aun cuando practiquen accidentalmente actos de comercio en otro u otros estados, o tengan en alguno o algunos de ellos, agencias o sucursales que obren por cuenta y responsabilidad del establecimiento principal.

Entre los casos que hicieron aplicación de los Tratados de Montevideo, puede verse "*Belum S.A. le pide la quiebra Tecnocom San Luis S.A.*", supuesto en el cual se rechazó un pedido de quiebra contra una sucursal argentina de una sociedad uruguaya con fundamento en la falta de acreditación de la independencia económica de la sucursal[31].En igual sentido, "Sicamericana S.A. s/quiebra s/inc. De validez de transferencia de catálogo fonográfico[32]" y "Belforte Uruguay S.A. s/concurso preventivo[33]".

Otro fallo interesante en la materia es "Adams and Adler SA s/ pedido de quiebra (por Publiestadios SA)"[34]. En este último, la firma Publiestadios S.A. se presentó ante los tribunales nacionales de primera instancia en lo comercial peticionando la quiebra de Adams and Adler S.A. señalando que la presunta fallida le había entregado un cheque de pago diferido sin fondos.

Adams and Adler era una sucursal, según surge de los registros de IGJ, de una sociedad constituida en la República Oriental del Uruguay. De tales constancias se desprende, además que dicha sociedad demandada no tenía capital propio, y que, por el contrario, la matriz se había obligado a remesarle fondos cuando y en la medida en que las necesidades del giro lo requirieran.

La iudicante, teniendo en cuenta el marco normativo aplicable, esto es el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940 (art. 40) , vinculante tanto para la República Argentina como para la República Oriental del Uruguay resolvió que: "*siendo la presunta deudora una sociedad extranjera registrada en la República Oriental del Uruguay donde tiene su domicilio social inscripto y que sólo opera como una sucursal en el país, por ende, sin independencia económica, corresponde reconocer la jurisdicción a favor de los tribunales uruguayos que resulten*

[31]CNCom, Sala A, 11/12/1998, "Belum S.A. le pide la quiebra Tecnocom San Luis S.A"
[32]CNCom, Sala B, 26/08/1999, "Sicamericana S.A. s/quiebra s/inc. De validez de transferencia de catálogo fonográfico"
[33]CNCom., sala B, 16/04/03, "Belforte Uruguay S.A. s. concurso preventivo"
[34]Juz. Nac. Com. N° 26, Secretaría 52, 14/11/03, "Adams and Andler S.A. s. pedido de quiebra por Publiestadios S.A".

competentes, por lo que este Tribunal debe declararse incompetente y rechazar el presente pedido de quiebra; ello, sin perjuicio de las acciones que pudiera entablar el acreedor peticionante , en su momento, en los términos del art. 45 del cuerpo legal citado para abrir procesos de esta naturaleza en el país".

Como se podrá concluir, el área de aplicación de estos tratados es muy limitada. Por un lado fue ratificada por pocos estados, y por el otro, no se encuentran incluidos países vecinos con los que Argentina mantiene un caudal comercial relevante, tales los casos de Chile y Brasil. Esta situación explicala poca utilización de estos tratados por parte de nuestros tribunales, y en consecuencia, su relativa importancia práctica.

Tanto el Tratado de 1889 como el de 1940 adoptan como criterio de regulación el sistema de extraterritorialidad de las quiebras, ya que **reconocen la extraterritorialidad del hecho generador de la quiebra -estado de insolvencia-**. Dichos marcos normativos, a su vez, prevén tanto la tramitación de un juicio único como de juicios plurales.

En el primer caso, comienza el proceso en el domicilio del fallido, aun cuando este practique actos de comercio en otros paises, o tenga agencias o sucursales que obren por cuenta y responsabilidad del establecimiento principal. En cuanto a los acreedores, estos presentarán sus títulos y harán valer sus derechos según la ley y ante el juez del Estado en donde se declaró la quiebra.

En el segundo caso, en cambio, se pueden abrir juicios plurales en el domicilio de cada una de las casas independientes del fallido. Es decir, declarada la quiebra en uno de ellos domicilios comerciales, los acreedores tienen la facultad de promover en su respectivo Estado un nuevo juicio contra el fallido o concursado. En tal caso, no será necesario probar el hecho generador de la quiebra (efectos extraterritoriales). Así, se seguirán juicios separados y se aplicarán las leyes del Estado donde se radica el procedimiento.**De esta manera, el sobrante que resultare de un Estado a favor de un fallido, quedará a disposición del juez que conoce de la quiebra en el otro (disponibilidad internacional de los remanentes)**. En caso en que se estén tramitando mas de dos procesos de quiebra y no haya acuerdo entre los jueces respecto del destino del sobrante o remanente, entiendo que tal decisión corresponderá al juez que entiende en el proceso en el que existe dicho sobrante.Pero si los acreedores locales no promueven dentro del plazo establecido -60 días desde la última publicación de edictos- un nuevo juicio, deberán presentar sus títulos ante el juez que ha declarado la quiebra y de conformidad con tal ley.

En cuanto al tema de las sociedades extranjeras, los arts. 4º, 5º y 6º del Tratado de Montevideo declara que el contrato social se rige tanto en su forma como en cuanto a las relaciones jurídicas entre los socios y entre la sociedad y los terceros, por la ley del país en que tiene ella su domicilio especial, aclarando que las sociedades que tengan carácter de persona jurídica, se regirán por las leyes del país de su domicilio y que serán reconocidas de pleno derecho como tales en los Estados, y hábiles para ejercer en ellos derechos civiles y gestionar su reconocimiento ante los tribunales, pero que para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto de su institución se sujetarán a las prescripciones establecidas en el Estado en el cual intenten realizarlos; agregando, **en cuanto a las sucursales o agencias constituidas en un Estado por una sociedad radicada en otro, que se considerarán domiciliadas en el lugar en que funcionan y sujetas a la jurisdicción de los tribunales locales en lo concerniente a las operaciones que realicen.**En 1940 se introdujo en estas disposiciones una modificación, consistente en la exigencia de la habitualidad en el ejercicio de los actos comprendidos en el objeto de su institución para que dichos actos queden sujetos a las leyes del país en que intenten realizarlos, reforma que no tiene, en realidad, justificación, ya que tanto si se trata de actos aislados como de actos eventuales, lo que corresponde es que la sociedad se sujete a las leyes del país donde los realiza[35].

ii) La UNCITRAL: sus leyes modelos

La Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional CNUDMI también conocidas por sus siglas en inglés como UNCITRAL (*United Nation Commission for the Unification of International Trade Law*) es el órgano jurídico principal del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional.

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 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

[35]Alberto Veron, “Ley de Sociedades Generales Comentada”, Tomo III (La Ley, 2016).

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.

Su misión es la de modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional a través de las Leyes Modelo y de Guías. Ambas son instrumentos propios del *soft law* debido a su carencia de coercitividad y obligatoriedad.

El propósito de la Ley Modelo es promover una legislación moderna y equitativa para aplicar en los casos en que un deudor insolvente tiene bienes en más de un Estado. El texto de la Ley Modelo, como tal, contiene una serie de normas que los Estados deberían adoptar como ley interna. La idea es que cuando un número significativo de países adopte en su derecho interno la Ley Modelo, se produzca como efecto el abordaje de los principales temas de la insolvencia transfronteriza, por el derecho interno, de manera similar. Así, al ser dable esperar la resolución de esos temas con iguales criterios —las reglas de la Ley Modelo—se espera consolidar la previsibilidad sobre el trato que habrían de recibir: el reconocimiento del proceso concursal extranjero, el acceso al concurso local de los representantes del concurso extranjero y de los acreedores extranjeros, la coordinación de los concursos abiertos en plurales países respecto de un mismo deudor, y la cooperación entre tribunales de distintos países y representantes de los plurales concursos del mismo deudor (ubicados en diferentes Estados). Los principales objetivos de la Ley Modelo son alentar la cooperación internacional en material de insolvencias transfronterizas, realzar la seguridad jurídica, proteger los intereses de todos los sujetos afectados por las insolvencias internacionales, proteger los bienes del deudor procurando la optimización de su valor, y facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras a fin de proteger el capital invertido y preservar el empleo[36].

Si bien Argentina no es parte de la Ley Modelo sobre insolvencia transfronteriza, es importante tener presente dicho cuerpo de normas para un estudio completo sobre el tema en cuestión.

iii) Los lineamientos generales de las reglas sobre insolvencias transfronterizas de fuente interna (Ley 24.522: Artículos 2°, inc. 2; 3°, inc. 5, y en particular el Artículo 4°)

[36] Adolfo Rouillón, "Cooperación concursal internacional" (La Ley, 21/12/2015)

La regulación de la quiebra internacional en el derecho de fuente interna se encuentra encarada desde un aspecto que parte de la doctrina no duda en calificar como "territorialista", no obstante reconocer el efecto extraterritorial de la declaración de quiebra en el extranjero como presupuesto que habilita la apertura del procedimiento falencial en el país.

Ello así por cuanto reconoce el imperio de la sentencia extranjera con efectos muy precisos, limitando los demás posibles efectos.

La Ley 24.522 mantiene el principio de la unidad de la quiebra en el derecho interno, mientras que en el orden internacional, por imperio de la realidad de las legislaciones comparadas, sigue vigente el sistema de pluralidad de las quiebras[37].

El sistema de regulación de la insolvencia internacional en nuestra legislación es de territorialidad-pluralidad a todos los efectos, excepto en lo que concierne al reconocimiento de la sentencia declarativa de concurso en el extranjero para ser alegada como causal de apertura en el país.

Nuestra normativa nacional requiere una urgente puesta al día. Las disposiciones del intricando artículo 4° han generado innumerables dificultades, dudas, vacíos y enigmas tanto en su interpretación como en su aplicación.

a) **¿Cualquier concurso extranjero habilita la apertura del concurso local o solo la quiebra?**

La LCQ establece en la primera parte del primer párrafo del 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*". En tal sentido, se le da reconocimiento extraterritorial puesto que se reconoce la declaración del concurso en el extranjero como causal de apertura de otro concurso en el país, teniendo como consecuencia que tanto el deudor como los acreedores locales no deberán probar el estado de cesación de pagos para peticionar la quiebra.

[37]Luis M, Jaurreguiberry, "*Antecedentes Históricos de la Quiebras. Evolución de la quiebra en el derecho argentino. Unidad y Pluralidad de la quiebra*" (Cuadernos del Centro de Estudiantes de Derecho y Ciencias Sociales, 1959), p. 43 y sigtes.

Conforme señala Grispo: "*producida la apertura en otro país del concurso del deudor, podrá el mismo deudor o un acreedor pedir al juez competente, la apertura del concurso o la declaración de la quiebra en la República Argentina, sin tener que acreditar el estado de cesación de pagos, conforme el artículo 1°*[38]". La doctrina señala que el auto extranjero de apertura del concurso tiene que tener la calidad de definitiva y además ser acreditada según las normas procesales pertinentes.

En el caso "*People and Partners S.R.L. s/Quiebra*" del año 2011, tramitado ante la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, se resolvió que: "*no es necesario comprobar que el concursado se encuentra en estado de cesación de pagos en nuestro país, ni acreditar la concurrencia de otros requisitos exigidos por la ley argentina. La declaración de concurso en el extranjero opera como un verdadero "hecho de quiebra" frente al cual el juez está obligado a decretarla en el país, sin verificación alguna sobre la existencia o no del estado de insolvencia, siendo claro que, por el contrario, la insolvencia habría de ser probada únicamente cuando, no existiendo concurso declarado en el extranjero, lo que se pretendiese es la apertura en nuestro país del concurso de un deudor domiciliado en el extranjero respecto de bienes aquí existentes*"[39].

Para cierta parte de la doctrina cualquier procedimiento concursal extranjero torna operativa la facultad de solicitar la apertura concursal en el país[40].

En tanto, otra parte de la doctrina entiende que la expresión "declaración de concurso en el extranjero" alude solo a la quiebra[41].

Personalmente coincido con Boggiano quien entiende que la ley concursal del país donde se hubiere constituido el concurso es la que califica si tal o cual procedimiento es o no un concurso.

---

[38] Jorge Daniel Grispo, "*Tratado sobre la ley de concursos y quiebras*", Tomo I (Editorial Ad-Hoc, 1997) p. 77

[39] CNCom., Sala F, 24/02/11, "People and Partners S.R.L. s. quiebra".

[40] Maria Elsa Uzal, "*Procesos de Insolvencia en el derecho internacional privado*", (La Ley, 2009); Julia Villanueva, "*Concurso Preventivo*" (Rubinzal Culzoni, 2003); Dario J. Graziabile, "*Derecho Concursal*", (Lexis Nexis, 2006).

[41] J. Carlos Smith, "*El régimen internacional de los concursos en la Ley 19.551*", (La Ley, 1980-758); Carlos Enrique Jozami, "*Regulación Argentina de las relaciones jurídicas concursales internacionales*" (LLLItoral, 2000-919).

A los fines de hacer efectiva la apertura del proceso concursal en nuestro país con fundamento en la declaración extranjera, debe cumplirse con el trámite de reconocimiento de sentencias extranjeras previsto en el artículo 517 y siguientes del Código Procesal.

No es necesario el *exequatur*, que solo se reserva a las sentencias de condena que impongan el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer. La sentencia concursal no tiene la preindicada naturaleza, sino que es declarativa y constitutiva, según la moderna doctrina mayoritaria. Por lo tanto, el exequatur es ajeno a ella, debiendo solo procederse a su reconocimiento[42].

Conforme señala Julia Villanueva, "*el concurso que se abriere en el país no es una extensión del declarado en el extranjero, será un proceso independiente, autónomo, en el que aquel otro no tiene incidencia, salvo el alcance que le atribuye el 2° párrafo de la ley a los acreedores extranjeros respecto del saldo en caso de quiebra*"[43].

b) Ley que rige los privilegios o prioridades en el concurso argentino

¿Cuál ley rige la prioridad pretendida por el acreedor?

No hay una regla escrita en nuestro derecho.

La disposición que ha provocado los debates más arduos en la doctrina y la jurisprudencia nacionales en la materia que nos ocupa es la consagración de las llamadas preferencias nacionales o locales.

Ante todo, cabe destacar que nuestra legislación concursal no discrimina a los acreedores según nacionalidad o domicilio.

En el renombrado caso "Sabate Sas S.A. en Covisan S.A." en trámite ante la Corte Suprema de Mendoza[44], se sostuvo, haciendo referencia a la distinción de acreedores locales y extranjeros, que: "*La doctrina puntualiza, unánimemente, que ni la nacionalidad ni el domicilio otorgan a un acreedor el carácter de local o extranjero; tal calificación viene anexa al lugar de pago*".

---

[42]Pablo Heredia, "Tratado Exegetico de Derecho Concursal", Tomo I (Abaco, 2005) p. 288.
[43]Julia Villanueva, "*Concurso Preventivo*" (Rubinzal Culzoni, 2003) ob cit.
[44] Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, 28/04/2005 "*Sabaté Sas S.A. c. Covisan S.A. s. Concurso Preventivo s. Verificación tardía s. Incidente de Casación*"

En otras palabras, acreedor extranjero es aquel cuyo crédito es pagadero en el exterior y acreedor local, aquel cuya acreencia es pagadera en la Argentina. Mas controvertida es la calificación de un crédito con lugares de pago alternativos a elección del acreedor: uno en Argentina y otro en el extranjero. La doctrina y la jurisprudencia predominantes han juzgado que se trata de un crédito local[45].

La doctrina mayoritaria es de la opinión según la cual en el concurso argentino las prioridades se rigen por las reglas del derecho argentino[46].

Otros entienden que las prioridades de los créditos extranjeros deberían reconocerse en los concursos argentinos conforme a nuestra regla de reciprocidad. Sin embargo, el rango de la respectiva preferencia -doméstica o extranjera- se debe regir por la *lex fori*, y esta es la ley argentina cuando el concurso ha sido abierto en la Argentina.

El precedente jurisprudencial más relevante sobre el tema fue el dictado "in re" "Arthur Martin S.A."[47]. Allí el juez argentino decidió que la hipoteca a favor del Banco de Chile, sobre un inmueble situado en la Argentina, se regía por la ley argentina conforme el principio *lex rei sitae*. También decidió que la prioridad o privilegio emergente de la hipoteca estaba sometida a la *lex fori*, siendo esta le ley argentina por haber sido abierto el concurso en la Argentina.

c) Deudor domiciliado en el extranjero con bienes en la Argentina (Artículo 2°, inciso 2° de la Ley 24.522)

El derecho concursal argentino se aplica, por principio, solo al deudor domiciliado en la Argentina. La ciudadanía o nacionalidad del deudor son indiferentes, ya que la Constitución Nacional establece la igualdad ante la ley de todos quienes habiten -esto es, tienen su domicilio- en el país (Artículos 14, 16, 17, 18 y 20 de la Constitución Nacional).

[45] CSJN, 08/09/1983, "Banco Europeo para América Latina c. Cura, Hnos., S. A. inc. de revisión"

[46] Antonio Boggiano, "*Derecho Internacional Privado*", Tomo II (Abeledo-Perrot, 1991), p. 1005; Maria E. Uzal, "*El art. 4° de la Ley 19.551. Algunas reflexiones sobre su filiación sistemática*"(Revista de Derecho Comercial y Obligaciones 1985-527 y sigtes); Inés, Weinberg de Roca "*Concursos Internacionales en la ley 24.522*", (El Derecho, 1996).

[47] Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Comercial N° 7,Secretaria 14, 11/09/1989, "*Arthur Martin S.A. s/incidente por Sociedad Manufacturera de Electroartefactos*"

A su vez, los jueces argentinos pueden declarar la quiebra de las personas humanas o jurídicas con domicilio en Argentina. Estos jueces no son competentes para declarar la quiebra del deudor domiciliado en el extranjero. Esta es la regla general.

La excepción a dicha regla general se encuentra contenida en el inciso 2) del artículo 2° de la ley de concursos y quiebras: cuando el deudor domiciliado en el extranjero tiene bienes en la Argentina y obligaciones pagaderas en el mismo país. En este supuesto, la competencia del juez argentino deriva de la existencia de bienes en el país, y no del domicilio del deudor.

Estos acreedores locales -reitero, entendido como tales aquellos pagaderos en Argentina-, pueden pedir la quiebra del deudor, y el juez argentino, puede declarar esa quiebra, con efecto limitado a la liquidación de los bienes locales para distribuir su producto entre los acreedores también locales y conforme a las reglas de reparto propias del derecho concursal.

Por aplicación de la regla especial del art. 2° inc. 2) de la LCQ, la justicia argentina ha declarado la quiebra de personas domiciliadas fuera de Argentina, entre otros fallos relevantes, en el caso Pacesetter Systems Inc[48].

El Art. 2°, inc 2) consagra un "foro de patrimonio" por el cual no interesa que el deudor domiciliado en el extranjero tenga agencia o sucursal en la República, simplemente basta con que posea "bienes existentes en el país".

Respecto del concepto y alcances del término "bienes", la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el fallo "Transportadora Coral S.A."[49] señaló: "Los términos empleados por las normas atributivas de jurisdicción internacional deben calificarse a tenor de la *lex fori*. De allí que debe remitirse el concepto que respecto de los bienesindica el artículo 16 del Código Civil y Comercial de la Nación que los define como "*aquellos susceptibles de valor económico, quedando fuera de la definición los derechos extra-patrimoniales*".

Un aspecto que ha suscitado un profundo debate consiste en las consecuencias de aquellos casos en que haya bienes ubicados en la Argentina, pertenecientes al deudor fallido domiciliado en el extranjero, **pero no existan acreedores locales**. Al respecto, Roullion

[48]CSJN, 09/06/1994, "Pacesetter System Inc. S. A. s. pedido de quiebra por Pacesetter S.A."
[49]CNCom., Sala A, 9/12/1992, "Trasportadora Coral S.A. s/Concurso Preventivo"

entiende que este deudor no podrá ser declarado en quiebra en Argentina, ya que “la regla de competencia del art. 2° inc. 2) de la LCQ, debe interpretarse que exige la simultánea existencia de bienes en el país y, a la vez, acreedores “locales”.

Personalmente entiendo que, si bien es cierto que el art. 2° inc. 2) solo hace mención a la existencia de bienes en el país, tal situación reviste interés para la ley argentina en tanto existan acreedores “locales”, ya que de lo contrario no se configuraría el interés tutelable por la ley argentina para declarar la quiebra en el país.

Esa disposición legal excepcional está concebida para proteger a los acreedores locales y que no podrían obtener aquí la declaración de quiebra de su deudor domiciliado en el extranjero pese a la existencia de bienes en el país, si no se afirmara la jurisdicción internacional argentina en dicho supuesto.

Respecto del caso en que este deudor careciera de deudas exigibles en la Argentina, Roullion sostiene que “*la sola existencia de bienes en esta es insuficientes para sostener la competencia del juez argentino*”. En tales supuestos entiende que los bienes en el país deberían ser entregados al concurso extranjero íntegramente cuando se solicitara. En relación con este último aspecto, Kaller de Orchansky ha entendido que la solución es idéntica a la que habiendo sido satisfechos los créditos locales quedare un sobrante.

d) Juez competente en la quiebra del deudor no domiciliado en la República Argentina (Artículo 3°, inciso 5) de la Ley 24.522)

El inciso 5° del artículo 3° de la ley, establece dos reglas atributivas de competencia concursal, una principal y otra subsidiaria:

1) En primer lugar, corresponde entender al juez del lugar de la administración en el país; y
2) En defecto de administración en Argentina, el juez del lugar del establecimiento, explotación o actividad principal, según el caso.

A primera vista, sin embargo, parecería que si hay “administración en el país” o “establecimiento, explotación o actividad principal” en la Argentina, **difícilmente podríamos hallarnos frente a un deudor domiciliado en el exterior, ya que precisamente esa “administración, establecimiento, explotación o actividad” locales lo domiciliarían en Argentina.**

En el caso "Proberan International Corp. S.A."[50], se establece que una sociedad constituida en el extranjero, en dicho caso Panamá, al establecer una sucursal en Argentina, asignarle cierto capital y designar un representante, no es un deudor domiciliado en el extranjero.

A mi juicio, la clave pasa por la índole de las facultades conferidas, por el titular domiciliado en el exterior, a la persona o personas encargadas de la "administración" de los bienes radicados en la Argentina o que se hallen al frente del "establecimiento, explotación o actividad" en este país.

Si esas personas tienen atribuciones suficientes para contratar a nombre del principal y concertar con autonomía las condiciones de los negocios, los "establecimientos" o "administraciones" respectivos deberían ser considerados como domicilios especiales en el lugar de su sede en la Argentina. En este caso no estaríamos ya frente a deudores domiciliados en el exterior.

Así, el precepto en estudio solo adquiriría operatividad cuando la persona al frente de la "administración" o "establecimiento" en el país careciera de las mencionadas atribuciones o, también, cuando se tratase de establecimientos paralizados o abandonados.

e) **Como incide el concurso extranjero en la Argentina, cuando en este país hay activos y acreedores "locales" pero no hay concurso en Argentina**

Al respecto, la LCQ establece dos reglas:

1) Por un lado, "la protección de los créditos exigibles en Argentina cuando el deudor es concursado en el exterior" ("territorialidad del concurso extranjero"). **El concurso extranjero no puede ser invocado en Argentina para disputar los derechos de los acreedores locales sobre activos existentes en Argentina, ni tampoco invocarse el concurso extranjero para anular los actos celebrados en Argentina por el deudor.** Así, por ejemplo, los actos celebrados por el deudor con acreedores en Argentina, que fueran considerados revocables en el país donde está radicado el concurso, en principio permanecen válidos en Argentina.

Con relación a este punto señala Fassi-Gebhardt, que la apertura del concurso en otro país no implica, mientras no se declare en el nuestro, "efectos decisivos"[51].

[50]CNCom., sala D, 13/04/00, "Proberan International Corp. S.A. s. pedido de quiebra por Braticevich, Jorge"
[51]Santiago Fassi- Marcelo Gebhardt, "*Concursos y Quiebras, Ley 24.522*" (Astrea, 1996).

De esta forma el legislador ha establecido un límite a la extraterritorialidad de la sentencia extranjera en tutela de los acreedores locales por entender que estos toman en consideración, como garantía de sus créditos, el patrimonio que el deudor tiene en el país, evitando que los mismos sean sorprendidos por una inesperada sobre expansión del pasivo de su deudor.

2) En segundo lugar, la posibilidad de apertura del concurso en Argentina a consecuencia de la declaración concursal extranjera ("extraterritorialidad del concurso extranjero"). Así, la declaración de concurso en el extranjero puede ser utilizada por los acreedores locales, y por el deudor, para hacer declarar la quiebra de este en Argentina, sin necesidad de tener que acreditar la insolvencia. A modo de ejemplo, en el caso "Pan American", el juez argentino considero al Procedimiento del Capítulo 11 de la Ley Estadounidense de Bancarrotas de 1978, encuadrable a la noción de "concurso declarado en el extranjero" y declaró la "quiebra" de Pan American en la Argentina -con efectos limitados a los bienes existentes en el país-.

El texto legal también menciona al deudor como el otro sujeto que puede invocar la declaración de su concurso en el extranjero para obtener la apertura concursal en Argentina.

f) La situación de los acreedores "extranjeros" en caso de concurso en Argentina: reconocimiento de créditos, prioridades, subordinación.

El reconocimiento en el concurso argentino del crédito "extranjero" exige la demostración de que, recíprocamente un crédito "local" tendría el mismo tratamiento en un concurso del país donde el crédito "extranjero" es pagadero ("test de reciprocidad"). La no acreditación de la reciprocidad conduce a la declaración de inadmisibilidad del crédito en cuestión.

En cuanto al alcance de la "reciprocidad", una parte de la doctrina sostiene aplicable que tanto a la quiebra como el concurso preventivo. En tanto que otros autores circunscriben la aplicación de dicha regla únicamente a los supuestos de quiebra. Al respecto, cabe mencionar la jurisprudencia, donde se registran fallos disímiles.

A modo de ejemplo, en el caso de "Dispropal S.A. s/Concurso Preventivo – incidente de revisión por Cutusin S.A." se sostuvo que la regla de la reciprocidad opera en la quiebra, pero no en el concurso preventivo.

En otro orden, en el caso “Altarpec” se adoptó la tesis amplia: “*la verificación está condicionada a dicha demostración (reciprocidad) y es de aplicación tanto a un concurso preventivo como un proceso liquidativo*[52].

¿Cómo debe probarse y a cargo de quien es su prueba?

Como regla general, la carga de probar la existencia de la ley extranjera depende del propio interesado. A tal efecto, el pretenso acreedor deberá suministrar al tribunal de los elementos necesarios que permitan formar convicciones suficientes acerca del derecho extranjero que se invoca. Así lo señaló la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, agregando asimismo que también podía ser incorporada al proceso por la sindicatura o por el propio juez[53].

En cuanto a los medios de prueba para acreditar el derecho extranjero, el criterio es amplio. Se admiten todos los medios de prueba que reconocen los códigos procesales, dando preferencia a las informaciones emanadas de consulados y representaciones consulares. Entre otros, se permiten los siguientes medios de prueba: (i) informes de tribunales y autoridades del país de referencia, cuando ello fuera posible; (ii) dictámenes de expertos en el derecho; (iii) textos legales y precedentes jurisprudenciales con indicación de su vigencia, obtenidos de manera fehaciente y debidamente traducidos a nuestro idioma nacional.

La excepción a esta regla, está prevista en el artículo 4° de la LCQ que expresamente establece que “quedan exceptuados de acreditar la reciprocidad los titulares de los créditos con garantía real”.

Esta excepción fue planteada en el caso “Guerrero Luis Angel s/Concurso Preventivo – incidente de revisión por la concursada al crédito del Banco Francés Uruguay S.A.” En este caso, la sociedad extranjera que insinuaba su crédito era titular de un mutuo con garantía real.

Una vez resuelto el “test de la reciprocidad”, el acreedor “extranjero” obtiene la verificación de su crédito en el concurso argentino.

---

[52]Tercer Juzgado de Proc. Conc. y Registro de Mendoza, 2/3/99, “*Altarpec S.A. s/Concurso Preventivo*”.
[53]Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala I, 28/04/2005, “*Sabate Sas S.A. en Covisan S.A. p/concurso preventivo p/verificación tardía*”.

Universidad de San Andrés

Luego, a los efectos del cobro de la acreencia es preciso distinguir según se trate de la concurrencia a un concurso preventivo o a una quiebra:

1) Cuando el concurso argentino es un "concurso preventivo", el acreedor extranjero no experimenta ninguna discriminación[54].
2) Cuando es una quiebra, y el crédito extranjero -además- "pertenece a un concurso extranjero" entonces se subordina este crédito extranjero respecto de todos los créditos locales. En tal caso, solo podría cobrar "sobre el saldo" una vez satisfechos los demás acreedores locales. En los hechos, y tal como señala Roullión, la experiencia indica que jamás hay "saldo" en a la quiebra liquidativa, por lo cual esta clase de crédito extranjero tiene remotísimas posibilidades de cobrar algún porcentaje.

g) Paridad en los dividendos

La parte final del artículo 4° establece: "*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"*.

La norma refiere a la situación de aquel acreedor que, después de abierto el concurso argentino, logró cobrar una porción de su crédito en el extranjero del mismo deudor, determinado que su participación en el dividendo concursal argentino se disminuya en la proporción del beneficio recibido en el exterior.

CAPÍTULO VI: Principales conclusiones. La necesidad de una reforma y la adaptación de la Ley Modelo UNCITRAL.

La ineficacia del régimen concursal argentino en materia de procesos de insolvencia con elementos extranjeros, resulta manifiesta. Nuestra ley fue ideada teniendo en cuenta otra realidad, el comerciante individual y la resolución de un conflicto privado entre el deudor y sus acreedores. En particular, la vidriosa redacción del artículo 4 de la LCQ genera innumerables dificultades o vacíos tanto en su interpretación como en su aplicación.

[54] Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "Alfredo Alejandro Scola y Cia S.C.A., 19 de octubre de 1993, JA, 1994-11-256

No existe en la República Argentina, tanto con relación a la fuente interna de derecho internacional privado, como en los tratados internacionales, una regulación adecuada para los concursos transnacionales.

En las últimas décadas hubo intentos de alinear nuestra normativa a los *estándares* internacionales. En tal sentido, podemos mencionar: (i) el proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado del año 1998 redactado por Beatriz Pallarés, Berta Kaller de Orchansky y Amalia Uriondo de Martinolni; (ii) el proyecto de Código de Derecho Internacional Privado del año 2003; (iii) el proyecto de Ley sobre Insolvencia Transfronteriza, redactado por una comisión integrada por Ana Piaggi, Adolfo Rouillón, Efrain Richards, Héctor Alegria, Juan Anich y Julio Cesar Rivera, entre otros; y mas recientemente (iv) el anteproyecto e Ley de Insolvencia Transfronteriza del año 2018, presentado por el Ministerio de Justicia de la Nación en el marco del programa Justicia 2020.

Así como recientemente se sancionó la Ley N° 27.449 en materia de arbitraje internacional, y de esta forma se *aggiorno* la legislación local a las necesidades del comercio internacional, deviene imperiosa la necesidad de actualizar la regulación vinculada a la insolvencia transfronteriza. Adviértase que la reciente Ley N° 27.449 no es más que una adaptación de la Ley Modelo UNCITRAL de arbitraje internacional, con las debidas adecuaciones a nuestro derecho.

Resulta necesaria la sanción de una norma que se enrole en la tendencia denominada “universalismo mitigado” superador del tradicional sistema de la unidad-universalidad y pluralidad-territorialidad, de modo de colocar a nuestro país a la altura de las exigencias del comercio internacional del siglo XXI, incorporando procesos modernos, eficaces y acordes a los tiempos. Las tendencias actuales en la materia se inclinan por tesis intermedias, conciliadoras de los diversos intereses en juego, y superadoras de los sistemas puros, extremos, cuyas soluciones han resultado insatisfactorias en la práctica.

Personalmente considero que independientemente del instrumento jurídico que se adopte -esto es, reforma de la LCQ o ley especial sancionada a tal efecto- sería conveniente que el legislador tenga en cuenta las disposiciones de la Ley Modelo UNCITRAL de 1997 -conforme esta fuera detallada en el capítulo V ii) del presente trabajo-, en aras de una mejor armonización de legislaciones de alcance universal.

Universidad de San Andrés

Téngase presente que al día de la fecha, al menos cuarenta y cinco países alrededor del mundo han aprobado regulaciones para la insolvencia internacional siguiendo los lineamientos de la Ley Modelo de UNCITRAL. En nuestra región, países como México -año 2000-, Colombia -año 2006-, Chile -año 2014-, República Dominicana -año 2016-, Panamá -año 2017- han hecho lo propio, y se espera la sanción de normativas similares en Brasil o Paraguay.

En esta línea, considero resulta conveniente sustituir los artículos 2, 3 y 4 de la LCQ, por textos análogos a los actuales pero a los que se les introducen diversas innovaciones tendientes a asegurar su concordancia con el Código Civil y Comercial de la Nación y el nuevo régimen de insolvencia transfronteriza.

Para evitar problemas interpretativos, entiendo sería conveniente dejar de lado la antigua terminología "*concursos y quiebras*" para no dejar de lado ciertas situaciones que no quedan estrictamente comprendidas en tales supuestos. En virtud de ello, entiendo conveniente emplear un término más amplio como el de la "insolvencia".

Para ello estimo conveniente incluir una definición descriptiva del fenómeno de la insolvencia, tal como lo hacen el Reglamento 1346/2020 de la Unión Europea y la Ley Modelo UNCITRAL. Bajo esta noción podrían incluirse procedimientos contra todo tipo de deudores, así como los destinados no solo a liquidar los bienes del deudor, sino también a reorganizar su patrimonio.

En otro orden, deviene necesario regular una situación compleja como lo es la extensión de la quiebra, que nos introduce en los grupos económicos transnacionales.

La incorporación de una norma que abarque y regule estas cuestiones, seguramente redundará en beneficio de la competitividad de nuestras empresas, el desarrollo del mercado de capitales, evitará o limitará crisis financieras, facilitará la reestructuración rápida y ordenada de un endeudamiento excesivo, combatirá operaciones fraudulentas de deudores, y finalmente, facilitará el procedimiento judicial y reducirá costos.

La adopción de un texto elaborado en un foro neutro y de alto nivel mundial -como la Ley Modelo UNCITRAL-, no solo echa luz donde hoy entiendo falta, sino que también garantiza una mejor inserción de nuestro país a un mundo en donde el capital pretende cada vez más reglas claras y sin grises.