

Crisis global por pandemia COVID-19 e insolvencia transfronteriza*Por Germán E. Gerbaudo¹***I. Introducción**

El COVID-19 genera consecuencias impensadas en la humanidad. En este tiempo de globalización y posmodernidad se transita por una emergencia sanitaria a escala planetaria con daños humanos, económicos y sociales de carácter extraordinarios.

Nos encontramos atravesando una crisis global imprevisible e inevitable. El mundo ha cambiado e impera la incertidumbre dado que no sabemos cuándo se superará la crisis. Atravesamos una crisis diferente a las anteriores porque esta se manifiesta de manera global y no solo es una crisis económica, sino también sanitaria.

La pandemia COVID-19 generó una crisis extrema que se expresa de manera global, provocando una viralización de la insolvencia hasta ahora impensada. Estamos pasando una crisis sanitaria, económica y financiera sin precedentes. Diferente a todas las otras crisis que pudimos atravesar².

Tratándose de una crisis de carácter global pensamos que es indispensable contar con reglas adecuadas en materia de insolvencia transfronteriza. En tal sentido, sostenemos que la crisis actual es una oportunidad para modernizar nuestro régimen en materia de insolvencia transfronteriza, adoptando un régimen basado en la Ley Modelo de UNCITRAL.

En este trabajo expresamos la ineficacia del régimen actual de Derecho Internacional Privado de fuente interna para enfrentar los concursos con elementos extranjeros y sostenemos la necesidad de modernizar dichas reglas, siguiendo los lineamientos de la Ley Modelo de UNCITRAL³.

II. Ineficacia de la regulación actual en materia de insolvencia transfronteriza**1. Introducción**

El régimen vigente en nuestro país en materia de insolvencia transfronteriza resulta ineficaz y anticuado para dar respuesta a los conflictos que se suscitan en el ámbito de los negocios del mundo globalizado. Esta carencia se observa tanto en la regulación de Derecho Internacional Privado de fuente interna como fuente convencional⁴.

¹ Abogado (UNR). Doctor en Derecho (UNR). Magister en Derecho Privado (UNR). Especialista en Derecho de Daños (UCA), Profesor Titular Ordinario –por concurso– de Derecho de la Insolvencia, Facultad de Derecho (UNR). Profesor Titular de Derecho del Deporte, Facultad de Derecho (UNR). Presidente del Instituto de Derecho Concursal (Colegio de Abogados de Rosario). Secretario del Área Académica y de Aprendizaje, Facultad de Derecho (UNR). Secretario Académico de la Escuela de Graduados, Facultad de Derecho (UNR).

² Con anterioridad analizamos el impacto de la pandemia COVID-19 en el Derecho Concursal, véase: GERBAUDO, Germán E., *Pensar el Derecho Concursal frente a la pandemia COVID-19*, en SJA 10/06/2020, p. 3; J.A. 2020-III.

³ El presente artículo reconoce como antecedente nuestra exposición en el marco de las Jornadas Preparatorias del XI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, realizadas virtualmente el 30 de octubre de 2020 y que fueron organizadas por la Facultad de Derecho (UNR) y por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UCA).

⁴ Este tema lo analizamos anteriormente, véase: GERBAUDO, Germán E., *Insolvencia transfronteriza*, Buenos Aires, Astrea, 2011.

2. Derecho Internacional Privado de fuente interna

El régimen previsto en la Ley de Concursos y Quiebras (L.C.) no sólo que resulta anticuado e ineficiente, sino también insuficiente. En efecto, resultan escasas las normas dispuestas en la L.C. para dar respuesta a los concursos con elementos extranjeros.

- El art. 2 inc. 2 de la L.C. al regular el presupuesto subjetivo de los procesos concursales contempla lo que se denomina el foro internacional del patrimonio. En realidad, más que una norma que refiera a sujetos concursales es una norma de jurisdicción internacional. Excepcionalmente, se atribuye jurisdicción internacional a los jueces argentinos para entender en un concurso local –territorial- de un deudor domiciliado en el extranjero con bienes existentes en nuestro país.

- El art. 4 de la L.C. es un extenso precepto donde coexisten de manera poco armónica normas que adhieren a diferentes sistemas en materia de insolvencia transfronteriza. Son disposiciones que provienen en su mayoría de los siglos XIX y XX. Es decir, normas pensadas para otra época, para otro comercio o para otra economía.

La primera parte, del primer párrafo del art. 4 de la L.C. contempla la extraterritorialidad de la sentencia concursal extranjera o lo que también se denomina el concurso derivado. El precepto en una apertura al sistema de la unidad-universalidad expresa que “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”.

No obstante, la apertura a la unidad-universalidad que se observa en la primera parte del primer párrafo de la norma, desaparece con la redacción de la segunda parte del primer párrafo del artículo 4 de la L.C. donde se consagra la inoponibilidad del concurso extranjero frente a los acreedores locales. Es una norma que claramente se enrola en la teoría de la pluralidad-territorialidad y que proviene del Código de Comercio de 1859/1862. El precepto dispone que “sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el concurso en el extranjero, no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deben 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 los párrafos siguientes el precepto consagra otras reglas anticuadas y que no corresponden con nuestro tiempo, tal es el caso de la pluralidad de concursos que consagra una postergación de los acreedores extranjeros respecto a los locales y la regla de la reciprocidad que es abandonada en el Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo.

3. Derecho Internacional Privado de fuente convencional

También en este ámbito nos encontramos con normas que no corresponden a nuestro tiempo. Si bien los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 han sido señeros en la codificación del Derecho Internacional Privado del siglo XX hoy no expresan las tendencias actuales en la materia.

El debate en los textos de Montevideo se circunscribe a los tradicionales sistemas de la Unidad-Universalidad y Pluralidad-Territorialidad, siendo que hoy las tendencias de nuestro tiempo se abren paso a un universalismo mitigado y a mecanismos superadores de los problemas de la jurisdicción internacional y el derecho aplicable por otros que comprendan también a la cooperación judicial internacional⁵.

III. Hacia dónde debe ir un moderno régimen de insolvencia transfronteriza

La crisis por pandemia COVID-19 nos coloca frente al interrogante de qué régimen de insolvencia transfronteriza necesitamos. En tal sentido, consideramos que la respuesta adecuada a la problemática de los concursos con elementos extranjeros pasa por la adopción de las reglas de la Ley Modelo de UNCITRAL de 1997. Ésta es una respuesta de *soft law* elaborada por el grupo de trabajo N° 5 de UNCITRAL que es el que se ocupa de la insolvencia. UNCITRAL optó por una Ley Modelo en lugar de un convenio en razón de que de esa manera se busca una mayor flexibilidad al efecto de facilitar la adopción de sus reglas. La Ley Modelo opera como una línea orientadora de la solución a seguir pero admite modificaciones por parte de los Estados que la adopten.

Ante la crisis global actual y frente a la ineficacia de las normas locales consideramos acertado el Anteproyecto que en el año 2018 se presentó en el marco del Programa Justicia 2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La necesidad de una adecuada regulación en materia de insolvencia transfronteriza es un objetivo ampliamente anhelado en nuestro derecho como ocurría en otras áreas del Derecho Comercial Internacional. Lo mismo había sucedido en materia de arbitraje internacional donde en la actualidad ese objetivo se alcanzó con la sanción de la ley 27.449, constituyendo esta normativa “un intento de acondicionar la legislación local a las necesidades del comercio internacional”⁶. Asimismo, cabe señalar que la regulación sancionada en nuestro país para el arbitraje comercial internacional no es más que una adaptación de la Ley Modelo de UNCITRAL de arbitraje comercial internacional, recogiendo de ese modo como indica la doctrina una “suerte de consenso trasnacional sobre la materia”⁷. Debemos anticipar que la cuestión es similar en materia de insolvencia transfronteriza. En tal sentido, el

⁵ Se señala que “estos tratados no unifican el derecho de la insolvencia de los países signatarios, pero sí unifican diversas reglas del derecho internacional concursal” (Véase: RIVERA, Julio César, El arbitraje ante los procedimientos concursales en el derecho argentino, en L.L. 2020-A, p. 112).

⁶ COLQUICOCHA MARTÍNEZ, Miguel, Análisis de la ley de arbitraje comercial internacional, en L.L. 3/09/2018, p. 16.

⁷ RIVERA, Julio César, Ley de arbitraje comercial internacional, en L.L. 3/09/2018, p. 2.

Anteproyecto que consideramos acertado recepta la Ley Modelo de UNCITRAL con la realización de adecuaciones a nuestro derecho⁸.

En la actualidad, 49 países de diversas regiones y con diferentes sistemas jurídicos han aprobado regulaciones para la insolvencia transfronteriza siguiendo los lineamientos de la Ley Modelo de UNCITRAL⁹. Asimismo, cabe indicar que distintos países de la región que fueron modificados sus regímenes de insolvencia han diseñado sistemas de insolvencia transfronteriza siguiendo los lineamientos de la citada Ley Modelo. Así ocurre en Chile (2014), Colombia (2006), la República Dominicana (2016), México (2000) y Panamá (2017). También se indica en la nota de elevación del Anteproyecto que existen iniciativas similares en Brasil, El Salvador y Paraguay.

- Las normas del Anteproyecto postulaban una modificación a la L.C., pero que se proyectaba a través de una ley especial. Es decir, su regulación de tipo concursal no se inserta en el texto de la L.C., sino en una ley especial.

- El Anteproyecto se componía de 40 artículos, distribuidos en 6 capítulos, a saber: Cap. I. “Disposiciones generales”; Cap. II “Acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales de la República”; Cap. III “Reconocimiento de un procedimiento extranjero y medidas otorgables”; Cap. IV “Cooperación con tribunales y representantes extranjeros”; Cap. V “Procedimientos paralelos” y Cap. VI “Grupos multinacionales de empresas”.

- El Anteproyecto no tenía por objeto establecer un régimen uniforme o unificado aplicable a la insolvencia transfronteriza, sino que era una respuesta de marcado carácter procesal que se asienta sobre las ideas de cooperación judicial internacional¹⁰.

En tal sentido, acota la doctrina que “una de las notas caracterizantes del derecho internacional privado actual es que los temas atinentes a la jurisdicción y a la cooperación internacional han desplazado en su interés a los vinculados al derecho aplicable”¹¹. Asimismo, se indica que estos temas han irrumpido

⁸ La necesidad de adoptar la Ley Modelo de UNCITRAL con adecuaciones viene siendo ampliamente postulada por nuestra doctrina, véase entre otros los siguientes trabajos: ALEGRÍA, Héctor, Proyecto de Código Civil y Comercial, Derecho Comercial y Derecho Concursal, en DCCyE, 2012 (octubre), p. 29; ALEGRÍA, Héctor C., El Derecho Comercial y sus principales problemáticas, en L.L., Supl. Actualidad, 12/02/2013, p. 1; ARAYA, Tomás M., Reflexiones sobre la problemática de la quiebra transfronteriza, en DCCyE 2011 (agosto), p. 59.

⁹ Puede consultarse el estado de situación de la Ley Modelo en la web de Uncitral: https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status

¹⁰ Se indica que el núcleo de las modernas tendencias es la cooperación (Véase: GEBHARDT, Marcelo, capítulo I El Derecho concursal y la insolvencia, en “Concursos y quiebras”, Gebhardt, Marcelo –Director-, Anich, Juan A. –Coord.-, Buenos Aires, Astrea, 2020, p. 1).

¹¹ ALL, Paula M. y RUBAJA, Nieve, Consideraciones generales sobre la Ley de Arbitraje Comercial Internacional, en “Revista del Código Civil y Comercial”, 2018 (septiembre), p. 133.

“el centro de la escena sobre la cual giran los debates más interesantes en materia de derecho internacional privado”¹².

- El Anteproyecto se enrolaba en una tendencia que se denomina “universalismo mitigado” superador de los viejos sistemas de la Unidad-Universalidad y Pluralidad-Territorialidad. La clave del Anteproyecto radica –como dijimos- en una regulación procesal que realza y facilita la cooperación judicial internacional¹³.

- Además, cabe mencionar que era adecuada la terminología que utilizaba. Es correcto referirse a “insolvencia transfronteriza” en lugar de “quiebra internacional o quiebra extranacional”. Estos últimos son términos anticuados que han sido superados. En tal sentido, se sostiene que la expresión “insolvencia transfronteriza” es una noción abarcadora que “comprende los procedimientos contra todo tipo de deudores, así como los destinados no sólo a liquidar los bienes del deudor, sino también a reorganizar su patrimonio. Quedan así comprendidos procedimientos tales como la quiebra, el concurso preventivo, el salvataje, la reorganización, la reestructuración y las negociaciones extrajudiciales, entre otros”¹⁴.

- En caso que se presente un conflicto entre este régimen y los tratados o acuerdos internacionales que fuesen obligatorios en la República, prevalecen estos últimos.

- La ley argentina determina la competencia para reconocer un concurso extranjero.

- El síndico o representante del concurso argentino estará facultado para actuar en otro Estado conforme a la legislación argentina o a la legislación extranjera si ésta es compatible con aquélla.

- El tribunal argentino puede negarse a adoptar una medida contemplada en este régimen cuando ella fuera contraria al orden público argentino –reserva de orden público-.

- Se establecía el derecho de acceso directo del representante del concurso extranjero a los tribunales de la República.

- El reconocimiento de la sentencia concursal extranjera deberá realizarse sin sujeción a formalidades tales como exhortos diplomáticos o cartas rogatorias, intentándose que tal reconocimiento se efectuó de forma rápida para habilitar el despacho de las medidas cautelares que sean necesarias para preservar los bienes o la actividad del deudor.

¹² ALL, Paula M. y RUBAJA, Nieve, La cooperación jurisdiccional como puerta de acceso a la justicia material. La puerta de acceso a la justicia material. Un caso de restitución internacional, en L.L. 2/08/2018, p. 4.

¹³ Sobre la cooperación judicial internacional en materia de insolvencia, véase el siguiente trabajo: ROUILLON, Adolfo A.N., Cooperación concursal internacional, en L.L. 2016-A, p. 639.

¹⁴ SCOTTI, Luciana, comentario al art. 4 de la L.C., en “Concursos y quiebras. Ley 24.522”, Chomer, Héctor –Director-, Frick, Pablo –Coord.-, Buenos Aires, Astrea, t. I, 2016, p. 152.

- El concurso extranjero se reconocerá como procedimiento “principal” si tramita donde el deudor tiene el centro de sus principales intereses¹⁵, o como procedimiento “no principal” si tramita donde el deudor tiene un establecimiento, mas el artículo 16 del Anteproyecto indicaba que se presumirá que el domicilio social inscripto del deudor persona jurídica, o el domicilio o residencia habitual si se trata de una persona natural, es el centro de sus principales intereses, siguiendo un criterio de calificación que es propio de nuestro derecho.

- Proponía sustituir los arts. 2, 3 y 4 de la Ley de Concursos N° 24.522 por textos análogos a los actuales pero a los que se les introducen algunas alteraciones de redacción y diversas innovaciones destinadas a asegurar su concordancia con el Código Civil y Comercial de la Nación y el nuevo régimen legal de la insolvencia transfronteriza. Entre estas últimas es de destacar que se elimina la criticada regla de reciprocidad hoy contenida en el art. 4 de la L.C¹⁶.

-También que se permitía abrir un proceso concursal en nuestro país en la medida que el deudor tenga sucursal o establecimiento el país, aunque no tenga bienes, superando una vieja discusión en torno al foro internacional del patrimonio del art. 2 inc. 2) de la L.C.

IV. Síntesis

La crisis por pandemia COVID-19 realzó la necesidad de contar con un adecuado régimen en materia de insolvencia transfronteriza. En tal sentido, consideramos que debemos buscar un sistema en materia de insolvencia transfronteriza que siga los lineamientos de la Ley Modelo de UNCITRAL como en el 2018 postuló el Anteproyecto que fue presentado por el Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos.

¹⁵ El “centro de interés principales” es una pauta esencial para atribuir competencia que se encuentra presente tanto en la Ley Modelo de UNCITRAL como en el Derecho Comunitario Europeo. En este último caso lo encontramos en el art. 3, ap. 1) del Reglamento UE 2015/848 del 20 de mayo del 2015, como así también en el anterior Reglamento el 1346/2000 que también lo preveía en el art. 3, ap. 1.

Se trata de “un criterio propio del derecho alemán, basado en la “sede real” de la empresa” (PULGAR EZQUERRA, Juana, La declaración del concurso de acreedores, Madrid, La Ley, 2005, p. 576).

¹⁶ Nos manifestamos en sentido crítico a esta regla en anteriores trabajos, véase: GERBAUDO, Germán E., La regla de la reciprocidad del artículo 4 LCQ, en “Microjuris.com”, MJ-DOC-4743-AR, MJD4743, 7/06/2010; GERBAUDO, G., Insolvencia transfronteriza..., cit., ps. 137 a 139.