

**VII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL  
V CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA**

**MENDOZA, ARGENTINA**

**OCTUBRE DE 2009**

**COOPERACIÓN JUDICIAL EN CONCURSOS  
TRANSFRONTERIZOS**

**ADOLFO A.N. ROULLON**

**Profesor Ordinario de Concursos**

**Facultad de Ciencias Económicas - Universidad Nacional de Rosario**

**INTRODUCCIÓN**

La cooperación entre jueces o tribunales que tienen a cargo procesos, diferentes pero vinculados, radicados en países diferentes, no es un tema nuevo ni es exclusivo de los procesos de insolvencia. Cabría entonces preguntarse por qué, en los pasados quince años y en el área concursal, la cooperación judicial se ha convertido en un tema que atrae tanto interés en numerosos foros de estudio y elaboración de textos de alcance internacional. O, en otras palabras, por qué y para qué la cooperación judicial es conveniente o necesaria en los concursos transfronterizos en la actualidad, y cuáles son las notas que diferencian a la cooperación judicial en este tipo de procesos. También hay que plantearse cuáles son los principales obstáculos que dificultan o impiden la cooperación aludida y qué puede hacerse para superar esas barreras. Esos son los interrogantes que sumariamente pasamos a analizar.

**NECESIDAD Y OBJETIVOS DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN CONCURSOS  
TRANSFRONTERIZOS**

El número de casos concursales abiertos en distintas jurisdicciones nacionales, respecto de un mismo deudor, o de un grupo de empresas vinculadas, ha aumentado y continúa incrementándose en muchos países y variadas regiones. Esto parece ser consecuencia irreversible de la tendencia hacia la globalización de las relaciones económicas y financieras. Hoy en día, 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, 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.

Cuando esas empresas o grupos de empresas no están sometidas a un proceso de insolvencia, independientemente del nivel de autonomía con que opere cada unidad, al más alto nivel existe una autoridad común de coordinación –cualquiera sea la forma jurídica que se utilice- que toma las decisiones estratégicas y preserva la armonía a través de las fronteras. Esto ocurre en lo que podríamos llamar situación de normalidad. La insolvencia, sin embargo, pone fin a la normalidad para dar entrada al caos. Bien se ha señalado que “el comienzo de un caso de insolvencia detiene la manera como funcionaba la coordinación de una empresa multinacional y convierte al negocio, que hasta entonces tenía cohesión, en una serie de segmentos desconectados en varios países. En una insolvencia internacional típica, diferentes grupos de acreedores hacen valer diferentes clases de reclamos sobre diferentes bienes, bajo diferentes normas, en diferentes países. La empresa internacional unificada, que hasta entonces se llevaba adelante, llega a su fin, y remanentes separados y desconectados de la organización tratan de continuar hasta que mueren de inanición o implosión”.<sup>1</sup>

El carácter caótico de la insolvencia no es exclusivo de los casos transfronterizos. Pero en los concursos que se desarrollan dentro de las fronteras de un país, al menos hay una sola autoridad judicial que puede mitigar la anarquía creada por la insolvencia y evitar la total destrucción de valor que esa anarquía puede ocasionar. En los casos transfronterizos, en cambio, no hay nada parecido a un tribunal supranacional con competencia sobre casos concursales vinculados que se abren en jurisdicciones diferentes. Por tal motivo, y para coordinar la administración o gestión de esos casos, la cooperación entre una pluralidad de jueces se torna imprescindible.

La cooperación judicial en estos casos concursales transfronterizos resulta necesaria, entre otras razones, para:

- a) Reunir información sobre activos y pasivos ubicados en países diferentes.
- b) Prevenir la desaparición de activos.
- c) Prevenir los actos de fraude que pudieran llegar a cometer el deudor, los acreedores o los terceros.
- d) Maximizar el valor de los activos.
- e) Permitir el acceso y el reconocimiento de los créditos extranjeros.
- f) Facilitar la administración de los procesos.
- g) Encontrar y hacer factibles, sobre todo, soluciones que permitan la reorganización de las empresas y eviten su liquidación.

---

<sup>1</sup> FARLEY, James; LEONARD, Bruce y BIRCH, John, “*Cooperation and Coordination in Cross-Border Insolvency Cases*”, International Insolvency Institute, 6<sup>th</sup>. Annual International Insolvency Conference, New York 12-13 June 2006, publicado en inglés en [www.iiiglobal.org](http://www.iiiglobal.org) (traducción del autor).

- h) En síntesis, en este campo la cooperación es necesaria para lograr la coordinación que hace posible incrementar la eficacia y la equidad en estos procesos de insolvencia transfronterizos.<sup>2</sup>

La “cooperación” judicial internacional en materia concursal, para obtener “coordinación” de procedimientos, que afectan a la misma empresa o grupo de empresas, ubicados en diferentes países y sujetos a distintas legislaciones, demanda “comunicación” entre tribunales y síndicos de países diferentes. Estas tres palabras que comienzan por “C” preocupan como nunca antes: cooperación judicial, coordinación de procedimientos y comunicación entre tribunales de concursos.<sup>3</sup> De ahí el alto interés en alentar la cooperación, procurar la coordinación y facilitar la comunicación en los casos de insolvencia transfronterizos. No obstante ese entendimiento cada vez más generalizado acerca de la necesidad apuntada, en diversos países y sistemas hay obstáculos que impiden o entorpecen la cooperación judicial.

### **EL DÉFICIT LEGAL COMO OBSTÁCULO A LA COOPERACIÓN JUDICIAL**

Todavía hoy, en la mayoría de los países, las disposiciones legales existentes son inadecuadas para fomentar e instrumentar la cooperación y la comunicación judicial internacional en casos de insolvencia, o, peor aún, simplemente no hay normas legales que indiquen cómo lidiar con estas cuestiones. Frente a esta situación deficitaria del marco legal ¿cuál es la actitud que típicamente adoptan los jueces?

La respuesta que usualmente se da a esa pregunta suele poner el acento en una reacción diferente de los jueces, según ellos pertenezcan a países del *Common Law* o a la familia jurídica romano germánica.

Así, es frecuente oír que los jueces del *Common Law* no tienen mayores problemas en emprender la necesaria cooperación judicial en casos de insolvencia transfronteriza, y de establecer medios efectivos de comunicación con otros jueces a fin de coordinar los procesos involucrados. Esa actitud se apoya en una regla de oro del sistema anglosajón, que consiste en el reconocimiento de la jurisdicción inherente o implícita de los jueces (“*inherent jurisdiction*”). Ella está encarnada en su modo de enfrentar los déficits legales, y les conduce con naturalidad a crear la solución que estimen adecuada para resolver el caso. Esta actitud suele resumirse señalándose que el juez de esa familia jurídica tiende siempre a abordar un problema puesto entre sus manos pensando que, si algo no está prohibido, entonces está judicialmente permitido por el sistema; la creación de una solución no contemplada en la ley escrita no es, entonces, un problema.

Al contrario, los jueces del sistema romano germánico reaccionarían de manera negativa a la idea de crear un procedimiento no contemplado por una ley, pues verían en el vacío legal una suerte de directiva prohibiéndoles establecer soluciones que previamente no hubieran sido diseñadas por el legislador (carácter éste que, al menos formalmente, y aun como co-legisladores, rechazarían atribuirse de manera instintiva). En los países de esta

---

<sup>2</sup> ROUILLON, Adolfo, “*Fourth Multinational Judicial Colloquium – UNCITRAL – INSOL International*”, Londres, 16-17 de Julio de 2001, Sesión de evaluación, publicado en inglés en [www.insol.org](http://www.insol.org) (traducción del autor).

<sup>3</sup> ROUILLON, Adolfo, *El cambio del paisaje concursal a comienzos del siglo XXI*, en Anuario de Derecho Concursal, Thomson – Civitas, España, 2007-2, p. 253 a 261.

familia jurídica, el déficit de la legislación se alzaría como un obstáculo prácticamente insalvable para permitir una dinámica y efectiva cooperación y comunicación judicial en los casos de insolvencia transnacional, lo cual redundaría en la enorme dificultad de coordinar, más allá de las fronteras nacionales, los procesos concursales abiertos en dichos países. Esta actitud se expresaría, de manera bastante estereotipada, afirmándose que estos jueces consideran prohibido todo aquello que la legislación no establece expresamente.

Esa diferente e irreconciliable postura, entre los jueces del *Common Law* y sus pares del sistema romano germánico, ha sido repetida hasta el cansancio, en numerosos foros judiciales de discusión de estos temas, hasta no hace mucho tiempo. Hoy, sin embargo, comienzan a apreciarse matices que cuestionan la exactitud de esas afirmaciones extremas.

Por un lado, no es certero que los jueces del sistema romano germánico tengan prohibido todo aquello que la ley expresamente no regula. Los métodos de interpretación jurídica que estos jueces utilizan a diario, contemplan numerosos instrumentos para llenar los vacíos legales. Recurrir a la interpretación extensiva o analógica de la ley, o echar mano a los principios generales del derecho, no sólo es posible en el derecho privado; es también obligatorio, para dar solución adecuada y justa a los casos en los que la letra escrita de un determinado texto legal no trae una respuesta “a medida”. El silencio de la ley no es excusa que justifique negarse a juzgar.<sup>4</sup>

De otro lado, también es cierto que la autorización que los jueces romano germánicos tienen, o perciben que tienen, para operar con discreción, fuera de las áreas en las que cuentan con expresa autorización legal, es más limitada que la de sus pares anglosajones. Además, los primeros están menos acostumbrados que los segundos a recurrir a poderes implícitos o discrecionales, inmanentes en la jurisdicción.

Esas diferencias en las actitudes judiciales de las dos familias jurídicas indicadas, son, a nuestro juicio, más una cuestión de grado que de esencia. Sin embargo, frente a la ausencia de una ley que señale a los jueces un deber de activa cooperación y eficiente comunicación y coordinación en concursos transfronterizos, es altamente probable que los jueces del sistema romano germánico no se sientan alentados a emprender esas tareas, por razones que calificaríamos de culturales o de mentalidad judicial, más que por obstáculos esenciales del mencionado sistema jurídico.<sup>5</sup>

#### **REMEDIA EL DÉFICIT LEGAL CON INSTRUMENTOS FORMALES**

Los principales instrumentos formales para solucionar el déficit legal en materia de cooperación y comunicación judicial para coordinar procesos de insolvencia transnacionales, son los tratados internacionales y la legislación interna.

---

<sup>4</sup> Código Civil de la República Argentina: Art.15.- Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes. Art.16.- Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

<sup>5</sup> Ver PAULUS, Christoph G., “*Judicial Cooperation in Cross-Border Insolvencies – An outline of the presentations and discussions at the GJF in Buenos Aires in June 2006*”, en [www.worldbank.org/gild](http://www.worldbank.org/gild)

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. 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*<sup>6</sup>, 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<sup>7</sup>.

El más ambicioso intento multinacional de convenio sobre procedimientos concursales llevado a cabo en los últimos tiempos ha sido, sin duda, la *Convención de la Unión Europea sobre Procedimientos de Insolvencia*<sup>8</sup>. Dentro de un ámbito internacional favorable a la armonización legislativa, como es el contexto de los países de la Unión Europea que componen el espacio geográfico multinacional más integrado del mundo en materia económica, con avances y retrocesos se trabajó desde 1960 en diversos borradores de convenios sobre nuestra materia. Recién en septiembre de 1995 –después de 35 años de esfuerzos- se aprobó por el Consejo de Ministros de la Unión Europea el texto de una convención sobre procedimientos de insolvencia que, para entrar en vigencia, debía ser firmada por los quince países de la Unión, entre el 23 de noviembre de 1995 y el 23 de mayo de 1996. La efectiva vigencia se produciría sólo cuando el último de los países ratificase la convención, y en la medida en que lo hiciera dentro de ese lapso<sup>9</sup>. La negativa británica a ratificar la convención produjo el lamentable resultado de dejar en vía muerta al más logrado esfuerzo contemporáneo multinacional en la materia. Después del fracaso europeo para lograr la convención, se discutieron alternativas que pudieran hacer revivir la obra, asumiéndose que resucitarla como convención era prácticamente imposible ya que ello hubiera supuesto abrir interminables discusiones sobre temas acerca de los cuales fue ya difícil acordar antes de 1995. Luego del estudio de varias alternativas, el contenido de la frustrada convención fue adoptado el 29 de mayo de 2000 (para entrar en vigor el 31 de mayo de 2002) por el Consejo de la Unión

---

<sup>6</sup> Comentarios profundizados sobre el Código de Bustamante pueden verse en: UZAL, María Elsa, “*Procesos de insolvencia en el Derecho Internacional Privado*”, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 460 y sigtes.

<sup>7</sup> El texto inglés de la *Nordic Convention regarding Bankruptcy* puede consultarse en <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/?task=view.download&cid=1461>

<sup>8</sup> El texto completo, en traducción no oficial al castellano, realizada desde el texto francés por el Prof. Pablo Van Nieuwenhove, puede verse en DYE-6, p. 159 y ss.

<sup>9</sup> Ocurrió que catorce Estados miembros habían ratificado la convención, cuando el Reino Unido –único faltante- se negó a hacerlo. Periodísticamente se interpretó que ello era muestra de la insatisfacción de ese país con la política seguida entonces por sus socios europeos en el tema de la exportación británica de carnes a raíz del llamado “mal de la vaca loca” o encefalopatía espongiforme bovina. Interpretaciones posteriores –más técnicas- atribuyen la negativa a impedimentos que emergerían de la propia convención, y que influirían de manera adversa al Reino Unido en la vieja controversia con España acerca de la soberanía sobre el territorio de Gibraltar. Ver: FLETCHER, Ian F., “*Insolvency in Private International Law – National and International Approaches*”, Clarendon Press, Oxford, 1999, p. 298.

Europea como *Reglamento (CE) n° 1346/2000, sobre Procedimientos de Insolvencia*<sup>10</sup>. En buena medida se pudo así salvar el contenido de la convención, pero no por vía de acuerdo internacional sino como regulación comunitaria en cuestiones de cooperación judicial en materia civil.<sup>11</sup>

El ejemplo europeo muestra las dificultades y desventajas del camino de los tratados internacionales multilaterales en materia de procedimientos de insolvencia: *enorme esfuerzo* para negociar cada cláusula con varios países, *tiempos impredecibles* para concluir la negociación, *inciertos resultados* y, en el mejor de los supuestos, *alcances limitados* a un (necesariamente) reducido grupo de países.

En el caso de la Argentina, hoy resulta impensable abrir un proceso de negociación de un tratado sobre insolvencia transfronteriza más allá de los países de la región, actual o potencialmente miembros del Mercosur. Respecto de ellos, tampoco es seguro que los que no son partes de los Tratados de Montevideo (como Brasil y Chile) estén dispuestos a encarar tal negociación. De toda suerte, aunque ello fuere factible, en el mejor de los casos el resultado favorable concretado en un tratado o convención internacional sobre insolvencias transnacionales solamente remediaría los problemas de los concursos transfronterizos dentro del “vecindario” (el espacio geográfico del Mercosur y, a lo sumo, algún otro país próximo), dejando libradas al régimen de fuente interna las cuestiones que pudiesen emerger cuando la internacionalidad se produjese con cualquier otro país del universo. Esto muestra que remozar el régimen argentino para insolvencias transfronterizas de fuente interna es prioritario, independientemente de los esfuerzos que, simultánea o sucesivamente, pudieran encararse en el ámbito regional o del Mercosur. Por fin, es de señalar que la hipótesis ideal de alcanzar un tratado en ese ámbito y, a la vez, la actualización del régimen interno, dejaría intacta la prevalencia del tratado entre los países ratificantes de él.

Frente a los señalados inconvenientes que exhibe la elección del camino de los tratados internacionales (cuando se lo elige como única vía a transitar), se alzan las ventajas de la alternativa del remozamiento de la legislación nacional en el tema. Ello, a nuestro juicio, es prioritario e independiente de que se encaren, simultánea o sucesivamente, procesos de negociación de convenciones o tratados internacionales.

Es evidente que la reforma de la legislación nacional exige un esfuerzo menor, al estar circunscriptos el debate y la aprobación del nuevo régimen sólo a las autoridades legislativas nacionales. Por eso, también el tiempo para adoptar en el orden interno nuevas soluciones puede ser breve, y los resultados predecibles. Asimismo, el alcance sería universal, aunque entendido esto en sentido unilateral; vale decir, el régimen de reglas argentinas de fuente interna se aplicaría universalmente, a cualquier concurso con elementos transfronterizos, salvo que se tratase de países que fuesen partes, con la Argentina, en tratados o convenciones internacionales sobre la materia. Como estos últimos siempre habrían de prevalecer sobre la legislación interna, se advierten la compatibilidad y complementariedad de la fuente interna respecto de la fuente internacional.

---

<sup>10</sup> El *Reglamento* puede consultarse en:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2000R1346:20080101:ES:PDF>

<sup>11</sup> Dinamarca no adoptó el *Reglamento*, por lo que no está vinculada por el mismo ni obligada a aplicarlo.

En la Argentina, por otra parte, hay mucha mayor experiencia jurisprudencial en casos de insolvencia transfronteriza en los que se ha hecho aplicación de su derecho interno (las reglas de Derecho Internacional Privado de las leyes de concursos que sucesivamente han tenido vigencia en el país), comparando con los casos en que se han aplicado las reglas de fuente internacional (los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940). Este es un dato de la experiencia que también debería alentar el inmediato emprendimiento de la modernización del régimen de fuente interna.<sup>12</sup>

Para la tarea de modernización en esta área, postulamos la adopción de un régimen moderno y eficiente que introduzca en la legislación interna reglas que posibiliten la *cooperación* internacional, el *reconocimiento* de los procesos concursales, y el *acceso* de los funcionarios y de los acreedores foráneos a estos últimos, así como el de nuestros funcionarios concursales y acreedores domésticos a los procesos extranjeros.

Ese régimen debería basarse en la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL)<sup>13</sup>, como se hizo en el Proyecto del Ministerio de Justicia (2002)<sup>14</sup>, fruto del trabajo de una Comisión que tuvimos el honor de integrar.<sup>15</sup>

La Ley Modelo facilita el reconocimiento local de los procesos concursales extranjeros (y de las decisiones judiciales que en ellos se dicten) e incrementa la posibilidad de cooperación internacional en esos casos. Contempla un alto grado de cooperación judicial, al establecer que los tribunales locales deben cooperar, en la mayor extensión posible, con los tribunales y síndicos (o representantes de la insolvencia) extranjeros. Asimismo, los tribunales podrán comunicarse directamente entre ellos, y requerir información o asistencia del tribunal o síndico extranjero, de manera también directa, por cualquier medio que se considere apropiado.

Obviamente, los resultados beneficiosos de la Ley Modelo, sobre la cooperación judicial, habrán de percibirse en la medida en que un número significativo de países la adopte como ley interna. Legislación basada en la Ley Modelo ha sido adoptada, a la fecha, por los siguientes países: Australia (2008), las Islas Vírgenes Británicas, territorio de ultramar del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2003), Colombia (2006), Eritrea

---

<sup>12</sup> Ver: ROUILLON, Adolfo, *Código de Comercio, Comentado y Anotado*, Adolfo A.N. Rouillon (director), Daniel F. Alonso (coordinador), Bs. As., La Ley, 2007, tomo IV-A, comentarios a los artículos 2, 3 y 4 de la Ley de Concursos y Quiebras No. 24.522.

<sup>13</sup> La negociación definitiva del proyecto se hizo en el trigésimo período de sesiones de la Comisión (Viena, 12 a 30 de mayo de 1997), al final del cual la Comisión aprobó la Ley Modelo por consenso el 30 de mayo de 1997. Junto con los 36 Estados miembros de la Comisión, participaron en las deliberaciones de la Comisión y del Grupo de Trabajo representantes de 40 Estados observadores y de 13 organizaciones internacionales. Poco después, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la resolución 52/158, de 15 de diciembre de 1997, en la que expresó su reconocimiento a UNCITRAL por haber terminado y aprobado la Ley Modelo. Ver: CLIFT, Jenny, "The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency – A Legislative Framework to Facilitate Coordination and Cooperation in Cross-Border Insolvency", Tulane Journal of International and Comparative Law, Volume 12, Spring 2004, p. 307 y sigtes.

<sup>14</sup> Remitido por el Sr. Ministro de Justicia Dr. Jorge R. Vanossi al Congreso de la Nación como Proyecto de Régimen Legal de la Insolvencia Transfronteriza (0974-D-04).

<sup>15</sup> La Comisión Redactora fue establecida por Resolución del Sr. Ministro de Justicia y Derechos Humanos Dr. Jorge R. Vanossi del 13 de febrero de 2002. Fueron Miembros de dicha comisión: Héctor Alegría, Juan Anich, Mariano Gagliardo, Sergio Le Pera, Ana I. Piaggi, Efraín H. Richard, Julio César Rivera y Adolfo A.N. Rouillon; Secretarios: Carlos San Millán y María Celia Marsili.

(1998), Gran Bretaña (2006), Japón (2000), Mauricio (2009), Méjico (2000), Montenegro (2002), Nueva Zelanda (2006), Polonia (2003), República de Corea (2006), Rumania (2003), Serbia (2004), Eslovenia (2007), Sudáfrica (2000), y los Estados Unidos de América (2005).<sup>16</sup> En la región latinoamericana, además del mencionado proyecto argentino, existen iniciativas para adoptar la Ley Modelo en El Salvador y la República Dominicana.

### **FACILITAR LA COOPERACIÓN Y COMUNICACIÓN JUDICIAL CON INSTRUMENTOS ALTERNATIVOS**

Para remediar el mencionado déficit legal, sin tener que esperar a la adopción de un instrumento formal como un tratado o una ley interna, y también para complementar las normas sobre cooperación contenidas en esas fuentes formales (donde ellas existen), se han desarrollado, en la práctica internacional, algunos instrumentos alternativos. Estos son los llamados protocolos o concordatos o acuerdos de cooperación, celebrados en casos particulares, que han involucrado a dos o más jurisdicciones en las que tramitan concursos vinculados.

Los protocolos o acuerdos transfronterizos constituyen una solución *ad hoc*, adoptada en casos particulares, independientemente de la existencia o inexistencia de una legislación de fuente internacional que vincule a los países involucrados. Las formas y contenidos de esos acuerdos varían, aunque los casos conocidos exhiben como rasgo común el ser esfuerzos enderezados a la armonización de cuestiones de procedimiento más que de los aspectos de derecho sustantivo que puedan estar en juego en varios concursos situados en diferente jurisdicción.

Muchos de los protocolos han seguido el modelo del llamado Concordato de la *International Bar Association*.<sup>17</sup> En este instrumento se formulan principios y lineamientos para contribuir a la negociación de protocolos, que las partes o los tribunales podrían adoptar como soluciones prácticas para remediar la discordia transfronteriza.

Otro instrumento importante que debemos mencionar es la Guía de Comunicación entre Tribunales en Casos de Insolvencia Transfronteriza, desarrollada por el *American Law Institute* y adoptada por el *International Insolvency Institute*.<sup>18</sup> La Guía reconoce que uno de los elementos esenciales de la cooperación transnacional es la comunicación entre los tribunales de los países involucrados. La Guía también asume que en la comunicación entre tribunales pueden afectarse delicadas cuestiones de objetividad procesal y, por eso, recomienda alentar la comunicación pero asegurando que no se afecte el debido proceso para todas las partes.

El 1 de julio de 2009, UNCITRAL adoptó su Guía de Prácticas de Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza. La Guía de Prácticas “ofrece información a los profesionales de la insolvencia y a los jueces sobre aspectos prácticos de la cooperación y la comunicación en casos de insolvencia transfronteriza. La información se basa en una descripción de la experiencia registrada y de las prácticas seguidas, centrándose en la

---

<sup>16</sup> Comentarios realizados por distintos autores y en relación a cada uno de los países que han adoptado la Ley Modelo, pueden verse en “*Cross-Border Insolvency – A Commentary on the UNCITRAL Model Law*”, General Editor Look Chan HO, Globe Business Publishing Ltd., Londres, segunda edición 2009.

<sup>17</sup> Ver: <http://www.iiiglobal.org/international/projects/concordat.pdf>

<sup>18</sup> Ver: <http://www.ali.org/doc/Guidelines.pdf>

utilización y la negociación de los acuerdos transfronterizos. Además, en la Guía se presenta un análisis de más de 39 acuerdos, celebrados aproximadamente durante el último decenio, entre los que figuran acuerdos escritos aprobados por tribunales y acuerdos verbales concertados entre las partes. La Guía de prácticas no pretende ser prescriptiva, sino más bien ilustrar el modo en que la solución de los problemas y conflictos que pueden plantearse en casos de insolvencia transfronteriza puede verse facilitada por la cooperación transfronteriza, en particular recurriendo a acuerdos de esta índole que se ajusten a las necesidades concretas de cada caso y a los requisitos particulares del derecho aplicable. La Guía de prácticas contiene una serie de cláusulas modelo con las que se pretende explicar la forma en que se han abordado, o podrían abordarse, distintas cuestiones, aunque no se pretende que sirvan de disposiciones modelo para su incorporación directa a un acuerdo transfronterizo. En la Guía de prácticas figuran también resúmenes de los casos en que se recurrió a los acuerdos transfronterizos y que constituyen la base del análisis”.<sup>19</sup>

En la mayoría de los casos, los protocolos han involucrado a jurisdicciones del *Common Law*, aunque ya es posible citar varios en que intervinieron países que no pertenecen a esa familia jurídica. Entre ellos, los protocolos de los siguientes casos: *Nakash*, entre un tribunal estadounidense y otro del Estado de Israel; *AIOC*, en el que participaron un tribunal de Estados Unidos y otro de Suiza; *Sendo International Limited*, en el que estuvieron involucrados un tribunal de Inglaterra y otro de Francia; *Swissair*, que comprendió a tribunales de Inglaterra y Suiza;<sup>20</sup> *EMTEC*, entre Francia y Alemania; e *ISA-Daisytek*, entre Alemania e Inglaterra.

En la práctica, se celebran más acuerdos cuando los países involucrados en una insolvencia transfronteriza pertenecen al *Common Law* que al sistema romano germánico, por varios motivos. Entre ellos, se suelen citar al desconocimiento de este tipo de acuerdos y al menor poder discrecional de los jueces en nuestros países. El principal motivo, sin embargo, finca en la duda que suscita, en muchos de estos países, la posibilidad de que los síndicos (o representantes de la insolvencia) tengan capacidad legal para suscribir tales acuerdos, o los jueces tengan competencia para autorizarlos o reconocerlos. Aun los defensores de la cooperación judicial transfronteriza sustentada en principios de jurisdicción implícita, en países del sistema romano germánico, expresan su reserva acerca de que esa jurisdicción inmanente pueda resolver las apuntadas dudas sobre la competencia judicial para autorizar a los síndicos a suscribir acuerdos, o para que los propios jueces puedan convalidar acuerdos de este tipo, suscriptos por los representantes del deudor o los acreedores. La adopción, en estos países, de una legislación como la propuesta en la Ley Modelo de UNCITRAL, ciertamente despejaría muchos de esos interrogantes, ya que proveería a los actores del proceso concursal de un marco legal adecuado que expresamente permitiría resolver las actuales dudas sobre capacidad legal y competencia judicial relacionadas con los acuerdos en cuestión.

## CONCLUSIONES

---

<sup>19</sup> Ver: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/insolvency/2009PracticeGuide.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/2009PracticeGuide.html)

<sup>20</sup> Para ver el texto de numerosos Protocolos, y consultar bibliografía sobre el tema, puede verse el sitio de Internet del *International Insolvency Institute*: [www.iiiglobal.org](http://www.iiiglobal.org)

La proliferación de casos concursales vinculados, radicados en países diferentes, plantea a los jueces y a las partes el problema de la cooperación con singular urgencia.

El universalismo estricto y global, en materia concursal, sigue perteneciendo a la especulación teórica, con matices inocultables de utopía. El territorialismo, aunque con algunas moderaciones, es un dato de la realidad universal con el que deberemos seguir lidiando durante mucho tiempo todavía. Ese territorialismo, sin embargo, es el que conduce a realzar la importancia y urgencia de la cooperación transfronteriza.

El territorialismo no debería producir la patología del autismo judicial, pues los efectos de tal aislacionismo serían perjudiciales incluso para los acreedores locales y para los segmentos de la empresa global que, por efecto de la insolvencia, han quedado desconectados del conjunto empresario, encerrados dentro de la frontera jurisdiccional de un determinado país. La cooperación transfronteriza es un tema de la hora que requiere reconocer su necesidad, oportunidad, valor y potenciales beneficios de llevarla adelante con las debidas salvaguardias.

La cooperación no debe tener por objetivo la resignación de la jurisdicción nacional, total ni parcialmente. El objetivo de la cooperación es la coordinación, que implica concertar esfuerzos y acciones para una meta común o compartida por todos los que coordinan. La coordinación procura, entre otros objetivos, maximizar valor, dar oportunidades de reorganización a la empresa o empresas concursadas con casos judiciales abiertos en más de un país, minimizar costos procesales, y mejorar la efectividad en la reunión de información y prevención de fraudes.

Los desafíos de la comunicación entre tribunales y síndicos de diferentes países son muchos, pero la actual técnica de las comunicaciones facilita la remoción de esos obstáculos.

Por ahora, en la mayoría de los países del sistema romano germánico, la dificultad más significativa se halla en la menor discrecionalidad –real o asumida- que los jueces tienen para crear soluciones no contempladas en la ley y, por cierto, en la falta del marco legal adecuado.

Esto nos obliga, de un lado y de ser posible, a difundir y tratar de alcanzar soluciones imaginativas, como los protocolos o acuerdos de cooperación, para los casos concretos que se presenten. De otro lado, deberíamos proponer e impulsar las reformas legales apropiadas para alentar e instrumentar la imprescindible cooperación judicial en la insolvencia transnacional.

Adolfo A.N. Rouillon

Mendoza, 5 de octubre de 2009