

UC Berkeley

Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers

Title

EFICIENCIA Y RECEPCION DE LOS TRANSPLANTES LEGALES. EL CASO DEL CRAMDOWN POWER

Permalink

<https://escholarship.org/uc/item/76m648xf>

Author

Iannello, Pablo A.

Publication Date

2008-04-17



Fundación
Friedrich A. von Hayek

REVISTA DE ANÁLISIS INSTITUCIONAL

Marzo - Año 2008

No. 2

*Legados institucionales, recursos
y crecimiento económico*

Roberto Cortés Conde

Los teoremas de la economía Política

Gabriel J. Zanotti

La teoría jurídica de Friedrich

*A. Von Hayek. Sus antecedentes y aportes
epistemológicos a la teoría jurídica*

Eliana M. Santanatoglia

¿Para quién escriben los jueces?

*Algunas reflexiones sobre el lenguaje
Judicial y sus consecuencias*

Ricardo Manuel Rojas

*Dos tradiciones y un debate en torno
a la neutralidad del dinero en el largo plazo*

Adrián Osvaldo Ravier

*Eficiencia y recepción de los trasplantes
legales. El caso del cramdown power*

Pablo A. Iannello

*El impuesto de suma fija
como impuesto óptimo*

Nicolás Cachanosky

*El socialismo librecambista en el congreso
argentino entre 1912 y 1914*

Ricardo López Göttig

Reseña de libros

EFICIENCIA Y RECEPCION DE LOS TRANSPLANTES LEGALES. EL CASO DEL CRAMDOWN POWER

PABLO A. IANNELLO

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto efectuar un análisis sobre la divergencia existente, entre el concepto de eficiencia y nivel de receptividad, de una institución jurídica traspasada de un sistema jurídico a otro. Entendemos la complejidad que representaría elaborar una teoría general sobre el punto, por ello, atendiendo a que los estudios que abordaron el tema lo han hecho a través del análisis de institutos jurídicos en particular¹, hemos decidido emplear el mismo criterio. Concretamente nos abocaremos al caso del *cramdown power* hoy vigente en la legislación argentina a través del artículo 52 Inc. b) de la Ley de Concursos y Quiebras (L.C.Q), cuya norma ma-

¹ Ese es el caso, por ejemplo de los trabajos de Kanda, Hideki - Milhaupt, Curtis J., “*Re-examining Legal Transplants: The Director’s Fiduciary Duty in Japanese Corporate Law*” (March 24, 2003). Columbia Law and Economics Working Paper No. 219. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=391821>; Proulx, Vincent-Joël, “*Borrowing from our Common Law Cousins: American and British Influences on the Merger of Canadian Trademark and Internet Domain Name Laws*”, Arizona Journal of International and Comparative Law, Vol. 22, 2006 Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=884321>; Kerkmeester, Heico - Visscher, Louis (2003) “*Learned Hand in Europe: a Study in the Comparative Law and Economics of Negligence*”, German Working Papers in Law and Economics: Vol. 2003: Article 6. <http://www.bepress.com/gwp/default/vol2003/iss1/art6>

dre resulta ser el Art. 1129 Sec. b) del Chapter 11 del U.S. Code. El estudio de este instituto nos permitirá indagar sobre su condición de herramienta jurídica eficiente. Y, a la vez, analizar el nivel de receptividad que ha tenido en nuestro país. Intentaremos luego esbozar alguna explicación sobre dicho nivel de receptividad.

El trabajo está estructurado de la siguiente manera: en el primer capítulo se desarrolla brevemente una introducción sobre el concepto de préstamos institucionales —tanto en su visión descriptiva como en su visión normativa—, referenciando las posiciones más conocidas sobre el tema; mencionamos luego algunas de las clasificaciones y tipologías de trasplantes más tradicionales. En el segundo capítulo presentamos, algunas cuestiones relevantes sobre la dinámica del proceso de transferencias², las cuales poseen influencia sobre el nivel de receptividad y que, por su importancia, merecen un tratamiento particular. En el tercer capítulo introducimos la figura del *cramdown power* en su versión transplantada —art. 52 inc. b) de la Ley de Concursos Argentina— y en su versión original —el art. 1129 del U.S. Code—, realizando un análisis económico del instituto. En el capítulo cuarto abordamos los determinantes que inciden en el nivel de receptividad de un traspaso institucional desde una perspectiva evolutiva. Finalmente en el capítulo quinto esbozamos algunos motivos que, a nuestro criterio, inciden en la baja recepción del instituto.

I. EL CONCEPTO DE TRANSPLANTE LEGAL. VISIONES Y CLASIFICACIONES

a) La visión dogmática del concepto de trasplante legal. El concepto de Alan Watson

Habiendo planteado nuestro objeto de estudio, estimamos necesario delinear, mas no sea brevemente, el concepto de trasplante

² Solo mencionamos aquellas que resultarán relevantes para este estudio, sin que ello no implique que existen otras cuestiones importantes sobre el particular.

legal. Esto nos permitirá alcanzar, cuando menos en forma intuitiva, una noción sobre cómo se producen los fenómenos de “préstamos”³, entre familias jurídicas y entender su complejidad.

Existe abundante literatura⁴ que atribuye el desarrollo del concepto de trasplante legal al profesor Alan Watson⁵. Sin embargo, pueden encontrarse antecedentes sobre el tema varias décadas antes⁶. Sin perjuicio de lo dicho, no puede negarse que fue Watson quien por primera vez ensayó una definición del fenómeno de préstamos institucionales, conceptualizándolo como: “*el paso de una norma o de un sistema jurídico de un país a otro o de un pueblo a otro*”.⁷

El interés por el estudio de las transferencias de instituciones ha adquirido gran importancia a partir del fenómeno de la globalización, por cuanto a partir de ella se comenzó a gestar un proceso de homogeneización entre las distintas familias jurídicas generando una tendencia a la imitación recíproca de reglas.⁸ De esta forma una de las tareas más relevantes para la ciencia del derecho comparado en la actualidad radica en intentar establecer las relaciones existentes entre las fuerzas que producen los cambios en la estructura de los

³ En la literatura de habla inglesa se habla de *legal transplants* y en el mismo sentido se habla de *borrowings*, término, éste último, que en español suele referirse como transferencia o trasposos. Por ello a los efectos de este trabajo, trasplantes, transferencias, préstamos y trasposos son considerados sinónimos.

⁴ Véase entre otros, Batricevic, Ana, “*Legal Transplants and the Code of Serbian Tsar Stephan Dushan: A Comparative Study*” December 22, 2006, disponible en <http://ssrn.com/abstract=953277> ; Smits Jan, “*Import and Export of legal models: The Dutch Experience*”, *Translational Journal of Law and Contemporary Problems* 13 (2003), p 551.

⁵ Watson, Alan, “*Legal Transplants: An Approach to Comparative law*” University of Georgia Press, Athens, 2da Ed 1993.

⁶ Es el caso de Walton, F P “*The Historical School of Jurisprudence and Transplantation of Law*”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 3rd Ser., Vol 9, N° 4 1927- pág 183-192.

⁷ Watson Alan, op cit. Nota 4, pág 21 “the moving of a rule or a system of law from one country to another or from one people to another”.

⁸ Para ampliar este enfoque véase “Gerber, David J., “*Globalization and Legal Knowledge: Implications for Comparative law*”, *Tulane Law Review*, 75 (2001) 949-975.

sistemas jurídicos y los motivos que dan origen a los mismos.⁹ Se ha afirmado que el estudio de los procesos de transferencia institucional constituye uno de los puntos de investigación con más campo de desarrollo en la ciencia ius comparativista moderna¹⁰; dado que “la mayoría de los cambios en los sistemas jurídicos modernos se debe a algún tipo de trasplante legal”¹¹. Dentro de este fenómeno uno de sus aspectos más complejos, radica en la forma en que la norma o institución traspasada es recibida, en el sistema normativo que la adopta.

La teoría de Watson sostiene que todo sistema jurídico tiene su origen en un proceso de trasplante. Sin embargo las opiniones no resultan homogéneas en lo que respecta al hecho de que todo sistema jurídico deba su origen a un proceso de préstamo institucional. De hecho, al breve tiempo que se acuñara la definición de trasplantes legales, se advirtió sobre la probabilidad de que el proceso de traspaso de normas pueda ser repelido. Esta posibilidad se vinculó directamente al tipo de norma que se intenta transferir, atendiendo a que no todas las áreas del derecho son igualmente permeables a dichos procesos.¹² A partir de aquí y junto con el trabajo de Pierre Legrand¹³, las aguas del derecho comparado quedaron divididas entre quienes se pronuncian a favor de la existencia de la transferen-

⁹ Watson Alan, *Legal change: Sources of law and legal Culture* 131 *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 131, No. 5 (Apr., 1983), pág. 1121-1157.

¹⁰ Smits Jan, “*Import and Export of legal models: The Dutch Experience*”, op. cit .Nota 4 pág 513.

¹¹ Mattei, Ugo “*Efficiency in legal transplants. An essay in Comparative Law and Economics*,” *International Review of Law and Economics*, Elsevier, vol. 14(1), Volume 14, Issue 1, March 1994, pág 3-19.

¹² Dahan, Frederique - Dine, Janet, “*Transplantation for transition- Discussion on a concept around reform of the law on reorganization*”, (2003), *Legal Studies*, pág. 284-310, en donde se referencia el trabajo del profesor O- Kahn - Freund, “*On uses and misuses of comparative law*”, *Modern Law Review* (1974) 37 1.

¹³ Legrand, Pierre, “*The impossibility of legal transplants*”, 4 *Maastricht Journal of European & Comparative Law* 111, 1997.

cia de instituciones y aquellos que pregonan la imposibilidad de las mismas.

En relación a estas posturas nos inclinamos a pensar que, de una u otra forma, en su evolución, los sistemas jurídicos se ven afectados en mayor o menor medida en algún momento de su historia por procesos de préstamos. Sin embargo la dinámica propia de la recepción de la norma en el nuevo sistema jurídico implica, en la mayoría de los casos, un proceso de mutación institucional. De esta forma la colisión entre la nueva institución y el sistema jurídico vigente del país receptor ha de dar por resultado un producto diferente al originario.

La aproximación al concepto que venimos desarrollando no puede ser abarcada en forma completa si no se definen también los conjuntos normativos de partida y de recepción, es decir el concepto de sistema jurídico. Se ha entendido como tal al conjunto estructurado de leyes de una nación que se verá influenciado por su identidad cultural, su herencia, sus tradiciones, su evolución histórica y las circunstancias sociales en un momento determinado.¹⁴ Es en el aspecto de la dinámica de los sistemas jurídicos —tanto de los países que transfieren como de aquellos que reciben—, en donde se gestan los procesos de traspaso; existiendo en la forma y características de las instituciones que se transfieren un sesgo a favor o en contra de su recepción, el cual estará determinado en mayor o menor medida por la élite jurídica del país receptor en un momento determinado.¹⁵

No resulta erróneo concluir que la definición que la literatura nos ha provisto del concepto de trasplante legal hasta el momento es un tanto general y amplia. Creemos que en parte ello se debe a lo complejo que resulta circunscribir un proceso de cambio legal, en el

¹⁴ Véase Ana Batricevic op. cit. Nota 4 pág. 2.

¹⁵ Ewald, William, “*Comparative jurisprudence (II) The logic of legal transplants*”, *American Journal of Comparative Law*, Vol 43, N° 4 (Autumn 1995), pág. 489-510.

que se adoptan elementos de distintos sistemas jurídicos en una sola definición.

Quizás el problema fundamental en lograr una única conceptualización del fenómeno provenga de la imposibilidad de capturar en todas sus dimensiones posibles el objeto a definir. De hecho, quien acuñara la definición¹⁶ ha manifestado la imposibilidad de crear una teoría sistemática sobre el tema.¹⁷ En este punto los historiadores del derecho se han quedado a mitad del camino en el entendimiento del problema, y a partir de esta postura parecería inferirse que no hay forma alguna de predecir bajo ningún tipo de parámetro de qué forma, ni en qué momento, las mutaciones en los sistemas legales pueden llegar a ocurrir¹⁸.

Con lo dicho no queremos indicar que la teoría Watsoniana sea meramente ejemplificativa y carezca de rigurosidad sistemática, antes bien nos alineamos en la visión que considera que en su versión más débil plantea un argumento crítico a las denominadas “teorías espejo” del fenómeno jurídico¹⁹.

b) La clasificación de los trasplantes legales

Un estudio del fenómeno de los trasplantes desde el punto de vista dogmático no estaría completo sin hacer referencia a las principales clasificaciones que se han efectuado sobre el particular. Como toda clasificación su objetivo radica en proponer una mejor

¹⁶ El concepto de Legal Transplant se atribuye a Alan Watson.

¹⁷ Watson Alan, “*Legal change: Sources of law and legal Culture*” op. cit. Nota 9, pág. 1121.

¹⁸ Watson Alan, “*Legal change: Sources of law and legal Culture*” op. cit. Nota 9, pág. 1121.

¹⁹ Las teorías espejo del derecho son aquellas que consideran los cambios que operan en el plano jurídico se deben a fuerzas externas a él. Para un desarrollo del concepto véase Ewald, William, “*Comparative jurisprudence (II) The logic of legal transplants*” op. cit. Nota 15, pág. 499.

comprensión del problema sistematizando el mismo a partir de algún criterio que posee cierto grado de arbitrariedad.

Nos referiremos, en primer lugar, a la clasificación sociológica realizada por Miller²⁰ y en segundo lugar a la histórica planteada por Watson²¹; por resultar, las más relevantes y las más abarcativas en el campo.

Jonathan Miller propone una clasificación de los trasplantes legales en perspectiva sociológica, en tanto la fuente de su clasificación son los factores sociales que resultan ser, a su criterio, causas del proceso de trasposos institucionales. Esta visión presenta dos aspectos interesantes. El primero es que por su enfoque permite revisar la recepción de los institutos jurídicos transplantados en forma dinámica; el segundo aspecto positivo radica en que se efectúa un análisis del rol del donante de instituto jurídico. La tipología propone cuatro variantes diferentes de trasplantes legales a saber: 1) trasplante que ahorra costos, 2) trasplante determinado desde el exterior, 3) trasplante entrepreneur y 4) trasplante que genera legitimidad. A continuación mencionamos brevemente el concepto de cada uno.

1) *El trasplante que ahorra costos* consiste en la decisión del operador que tiene a cargo el diseño de la institución jurídica en un determinado país de copiar, de una jurisdicción extranjera, un instituto existente y cuyo éxito ha sido corroborado en el sistema donante. De esta forma el diseño de la institución resulta mucho menos costoso en tanto se cuenta con la experiencia previa del país donante. Sin embargo un punto débil de los trasplantes que tienen este origen es que difícilmente se pueda anticipar un ahorro de costos en lo que respecta a la aplicación de la norma. Es decir que normalmente pueden reducirse los costos de elaboración y concep-

²⁰ Miller, Jonathan, "A *Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplants Process*" *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, N°. 4, pág. 839-885.

²¹ Watson, Alan, "*Aspects of the reception of the law*", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, N°. 4, pág. 855.

tualización de la norma pero poco puede estimarse respecto de los costos que demandará la real aplicación del instituto. La literatura suele citar como ejemplo de este problema a la “Law Commission Act” inglesa de 1965, la cual impuso sobre la Law Commission y sobre la Scottish Law Commission la obligación de obtener información de los sistemas legales de otros países para facilitar el trabajo de la comisión²², buscando reducir de esta forma el diseño de las instituciones imitando creaciones normativas ya existentes.

2) *El trasplante determinado desde el exterior* se funda en la adopción de un sistema foráneo, propuesto por el donante, de forma tal que éste, al momento de interactuar con el país receptor, ya se encuentra familiarizado con aquel sector del sistema jurídico en el cual la institución fue recepcionada. Normalmente este tipo de trasplantes ocurren en países con instituciones legales débiles, que por algún motivo resultan atractivos para hacer inversiones, por lo cual el país inversor —donante— suele pretender asegurarse algún nivel de seguridad jurídica a través de este mecanismo.

3) *El trasplante entrepreneur* consiste en que ciertos grupos dentro de una sociedad determinada obtienen beneficios al invertir y alentar la adopción local de un modelo foráneo.

4) *El trasplante que genera legitimidad* se basa en la adopción de una determinada institución legal de un sistema jurídico foráneo, normalmente un sistema que goza de prestigio mundial, con el objeto de dar un efecto señal a la comunidad internacional.

Un denominador común en esta clasificación es que todos los tipos parecen apoyarse en la lógica, que según los historiadores del derecho, se encuentra subyacente en la formación de la tradición

²² Para un análisis detallado del problema referido véase: O’Kahn - Freud “*On uses and misuses of comparative law*”, *The Modern Law Review*, Vol 37, N° 1 pág. 1-27.

jurídica occidental, cual es, la competencia de elites dominantes en un momento determinado.²³

A su vez, salvo por el caso del trasplante que ahorra costos, que por sus características pareciera ser un subtipo que puede estar presente en los otros tres, las restantes categorías podrían alinearse con la moderna teoría política evolutiva que entiende el origen de políticas e instituciones como un mecanismo de filtros cognitivos que permite la creación de respuestas a demandas de instituciones por parte de grupos de presión.²⁴

Watson por su parte propone el análisis de distintos aspectos del proceso de trasplante que no alcanzan a ser una clasificación. Su visión está basada más en factores históricos, que sociales. Carece por tanto, según nuestro parecer, de una sistematización más acabada. Sin embargo, provee ejemplos mucho más ricos y esclarecedores del proceso de trasplante.

1) El primer aspecto que plantea el mencionado autor es el que él mismo denomina “utilidad práctica”. Este concepto se condice con la visión “economicista” del proceso de trasplante a la que nos referimos anteriormente. Según el historiador del derecho, las transferencias de instituciones rara vez pueden ocurrir debido a cuestiones de utilidad práctica. Una comparación con la clasificación de Miller —presentada en el punto inmediato anterior— permitiría inferir que Watson no estaría de acuerdo con la posibilidad de un traspaso basado en el objetivo de ahorrar costos.

2) El segundo aspecto que el autor plantea es la *chance*, es decir la posibilidad de que un determinado instituto tenga acogida en un lugar por cuestiones basadas principalmente en el azar. Este argumento no parece ser muy robusto ya que las cuestiones de incerti-

²³ Montanery, Giuseppe, “The ‘Weak Law’: *Contaminations and Legal Cultures*,” *Global Jurist Advances*: 2001, Vol. 1: Issue. 3, Article 5. disponible en <http://www.bepress.com/gj/advances/vol1/iss3/art5>

²⁴ Wohlgemuth, Michael, “*Evolutionary Approaches to politics*”, *Kyklos*, Vol. 55 -2002 Fasc. 2 223-246.

dumbre están planteadas en todos los órdenes sociales de cualquier tipo y no parece que, en el caso en estudio, tengan más relevancia que en cualquier otro aspecto del orden social.

3) En tercer lugar como un punto derivado de la *chance*, Watson plantea el caso de la imprevisibilidad de las doctrinas legales. Lo que intenta demostrar es la imposibilidad que tienen los operadores del sistema de prever las consecuencias y extensiones de los efectos que ellos generan en el sistema jurídico en el que operan y sus posibles ramificaciones hacia otro sistema.

4) Finalmente, el cuarto aspecto presentado está vinculado con la necesidad de creatividad en el proceso de préstamos. Los trasplantes muchas veces se dan a través de un proceso de creatividad que desafía el *status quo* legal en un momento determinado. El trasplante puede apoyar ese proceso de creatividad, así una norma puede permitir dotar de autoridad a otra en un contexto diferente. Esta última resulta ser la categoría más interesante a nuestro parecer. A lo largo del presente veremos como los operadores jurídicos del país receptor necesariamente emplean su creatividad en el proceso de adaptación dando lugar a un instituto diferente al originariamente transferido.

Es evidente que la clasificación de Watson es mucho menos sistemática que la planteada por Miller, sin embargo no puede dejar de ser mencionada en tanto sirvió como antecedente a las demás. Otra particularidad interesante desde esta última visión son los ejemplos históricos basados principalmente en la adaptación del Derecho Romano a las costumbres vigentes en la Edad Media, principalmente por el trabajo de los glosadores y postglosadores tales como Bartolo, que dio lugar al surgimiento del conocido "*Usus Modernus Pandectarum*". La vaguedad de la clasificación de Watson es aceptada por el propio autor al manifestar que: "*La imposibilidad de dimensionar históricamente el proceso de trasplante implica que no existe*

forma de determinar la velocidad de respuesta de un cambio legal ante un cambio en las circunstancias sociales e históricas."²⁵

c) La visión normativa de los trasplantes legales

Recordemos previamente que el carácter normativo de un estado de situación responde su conceptualización en términos de "positivo" o "negativo", bajo algún concepto establecido como meta-regla. En la literatura del análisis económico del derecho, el concepto normativo clásico resulta ser la eficiencia.

Este término propio de la ciencia económica, se ha filtrado en la literatura del derecho comparado a través del concepto de convergencia; la cual es definida como el mecanismo a través del cual se adoptan soluciones similares en sistemas legales diferentes, generando que los sistemas jurídicos del mundo confluyan hacia patrones legales semejantes. Este proceso daría lugar a un resultado eficiente.²⁶ Debemos advertir que no resulta claro a qué "tipo" de eficiencia se hace referencia al aplicar el mentado principio a los procesos de trasplantes. A los efectos del presente trabajo debemos aclarar que nos referiremos sólo a la eficiencia en términos del instituto objeto de trasplante y no al proceso en sí. A los efectos de conceptualizarla para este estudio hemos de entenderla como aquella situación en la cual los beneficios de la asignación superan a los costos, y aquellos agentes que soportan los costos pueden ser cuando menos hipotéticamente compensados²⁷.

²⁵ Watson Alan "*Legal Change: Sources of law and legal culture*" op. cit. Nota 8 pág. 1135.

²⁶ Mattei Ugo, "*Efficiency in legal transplants. An essay in Comparative Law and Economics*," op. cit. nota 10 pág 6.

²⁷ Este es el criterio conocido como Kaldor-Hicks. Véase su desarrollo en Cooter, Robert, - Thomas Ulen.. *Law & Economics*. 5ta ed, 1987 Pearson. pág. 47.

Existe un cierto consenso, aunque no absoluto,²⁸ en que los sistemas jurídicos con mayor sesgo hacia la eficiencia serían aquellos basados en la tradición del common law. Son conocidos en este punto los trabajos de Paul Rubin²⁹. En concreto los sistemas basados en la tradición del common law tienden a generar leyes eficientes por su naturaleza evolutiva, dado que las partes buscan obtener una situación beneficiosa logrando que las leyes que no responden a sus intereses sean dejadas de lado. Esto es posible dada la injerencia que posee la figura del juez en la creación del derecho. El carácter flexible y evolutivo del common law, sobre todo a partir del establecimiento de los tribunales de “*Equity*”, permite que el proceso de transformación de normas sea más fácil de adaptar a los requerimientos de los agentes. Este concepto aparece trabajado por Hayek quien refiere al proceso de creación de derecho a través de la costumbre (principal fuente de creación de derecho en los países de tradición sajona), al indicar que este tipo de sistema legal favorece la creación de un orden espontáneo que llevaría a que el sistema de normas permitiese que cada individuo detente los bienes que más valora.³⁰ A favor de esta visión también encontramos la visión de Leoni al sostener que “*La legislación puede llevar a cabo lo que un orden espontáneo no podría nunca hacer. Se puede obligar a la demanda a que se ajuste a la oferta o se puede obligar a la oferta que se ajuste a la demanda de acuerdo con una serie de regulaciones promulgadas por los cuerpos legislativos, los cuales decidirán posiblemente como ocurre hoy basándose en artificios tales como la regla de la mayoría*”.³¹

²⁸ Véase la posición de Tullock, Gordon, “Law and Economics” en “The Selected Works of Gordon Tullock” Vol 9 Ed. Liberty Found, Indianapolis, 2005, pág 399.

²⁹ Rubin, Paul, “*Why is Common Law efficient*”, The Journal of Legal Studies, Vol. 6, N° 51, Jan. 1987 52-36.

³⁰ Hayek, Federich A; “*Derecho, Legislación y Libertad*”, Unión Editorial, Madrid 2006, pág. 287 y ss.

³¹ Leoni, Bruno, “*La Libertad y la Ley*”, Unión Editorial, Madrid 1995, pág.125.

Una aplicación lineal del argumento que desarrollamos nos llevaría afirmar que aquellos sistemas jurídicos que sean más proclives a permitir la mutación de su sistema normativo, en el caso vía trasplantes, hacia aquellos institutos ya receptados en otros sistemas en donde su efectividad ha sido constatada, tenderá a ser considerado eficiente, dado que los mismos operadores jurídicos en función de sus preferencias tenderían a elegir el instituto transplantado si se adecua a ellas.

Sin embargo, la aplicación del concepto de eficiencia al estudio de los mecanismos de préstamos institucionales no nos parece tan simple, ni lineal; como puede resultar al analizar el proceso de eficiencia de un sistema jurídico considerado unitariamente en forma aislada. De hecho, en el caso que nos ocupa, es necesario ponderar como un factor altamente probable que las preferencias individuales de los operadores de un sistema jurídico, puedan ser diferentes a la de sus vecinos, por lo que la maximización de la utilidad en un sistema puede no arrojar el mismo resultado en otro diverso.

El trabajo de Pistor et al³², importa un avance significativo sobre el punto. Estimamos que su principal inteligencia, consiste en vincular el “efecto trasplante”, con el desarrollo económico de un país sin elaborar conclusiones directas en torno a la eficiencia. Otro importante aspecto del trabajo es la conceptualización que efectúa respecto del proceso de traspasos. En tal sentido los autores afirman que, más allá de la familia jurídica a la que pertenezca el país receptor, resultarán factores dirimientes en la recepción de las normas, la existencia de una demanda para llenar un “vacío normativo” sumado a la familiaridad de los operadores jurídicos con el instituto transplantado, siendo dos los que resultan clave en determinar que el trasplante sea receptivo: aquellos que son creadores de leyes y los que resultan aplicadores de la ley.

³² Pistor Katharina - Berkowitz Daniel - Richard, Francois “*Economic development, legality and the transplant effect*”, *European Economic Review*, Elsevier, vol. 47(1), February 2003, pág. 165-195.

Sin embargo, creemos que el trabajo no termina de puntualizar cuales son aquellas “condiciones locales” a las que hacen referencia los autores y que es en esa dirección en la que debe avanzarse en orden de sistematizar las condiciones de receptividad.

Consideramos que los procesos de transferencias revisten carácter evolutivo por lo cual la eficiencia no es alcanzada en un punto determinado sino que es un proceso de adaptación constante.

Hemos sido cautelosos en no atribuir a la eficacia de un trasplante el carácter de eficiente, puesto que no nos atrevemos a afirmar que la aplicación de la norma transplantada implique una mejora en la asignación de recursos para aquellos que más los valoran; de hecho en numerosas oportunidades, la aplicación por parte de los operadores jurídicos relevantes de un nuevo instituto normativo no implica *per se* una mejora para todos los afectados por la nueva norma adoptada.

Los procesos de préstamos institucionales son por su propia naturaleza dinámicos, el comportamiento de los agentes que los ocasionan son variables, y en dicha variabilidad está implícito un proceso de adaptación que tiene lugar ante la presencia de elementos “extranjeros” (vgr, normas jurídicas o sistemas de normas). Es así incluso que, de pretender referirnos a la eficiencia, ésta no debería contemplarse en relación a una situación estática, sino que debería ser un concepto que contemple necesariamente elementos dinámicos.

Veamos entonces el proceso de traspaso desde su interior. Para ello estudiaremos algunos de los puntos relevantes que, por su importancia, merecen un tratamiento separado del concepto general.

II. ASPECTOS RELEVANTES EN EL PROCESO DE TRANSPLANTE

Existen ciertas características del proceso de transferencia que por su injerencia en las condiciones de recepción, adquieren particular relevancia puesto que resultarán elementos modeladores de la

institución traspasada. Dentro de ellos operan los agentes con capacidad de modificar la norma para adaptarla al sistema jurídico receptor.

Como primer punto cabe mencionar que estos elementos no resultan independientes, sino que actúan en forma simultánea y complementaria, afectando directamente la forma en que los operadores jurídicos realizan su proceso de decisión. Ello implica que su estructura de preferencias es esencialmente variable, lo que conlleva que un instituto originariamente rechazado pueda ser, por efecto de algunos de los factores que estudiaremos seguidamente, receptado en alto grado en un momento posterior.

Nos limitaremos a realizar una descripción sólo de aquellos aspectos que adquieren importancia en el análisis del *cramdown power*, por lo que la siguiente enumeración dista de ser exhaustiva.

a) La Cultura legal

Concepto

La cultura legal ha sido entendida como: “*Aquellos comportamientos que refieren a la naturaleza del derecho, y a la estructura y funcionamiento del sistema legal los cuales se encuentran arraigados históricamente en una sociedad*”.³³ También ha sido conceptualizada como: “*el marco de intangibles según el cual una comunidad realiza sus interpretaciones, dotándola de fuerza normativa y que en el largo plazo determina la identidad de esa comunidad*”.³⁴ La importancia de este concepto viene dada por la aptitud que posee para “moldear”

³³ Merryman, J. H - Clark, D. S, “*Comparative Law: Western European and Latin American Legal systems*”, en Ogus, Anthony “*The Economic Basis of legal culture: Network and monopolization*”, Oxford Journal of Legal Studies, Volume 22, N° 3, Sept 2002, pág. 421 y ss.

³⁴ Garoupa, Nuno M. - Ogus, Anthony I., “A Strategic Interpretation of Legal Transplants” (2003), CEPR Discussion Paper No. 4123. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=480744>

aquello que es considerado como jurídicamente relevante en un momento determinado. Tiene injerencia sobre el comportamiento de los agentes jurídicos, a la vez que determina las necesidades que debe satisfacer el sistema jurídico para su reproducción como tal.

La cultura legal es parte de un complejo más grande con el cual interactúa en forma constante en tanto el derecho no es un fenómeno independiente separado de los restantes fenómenos sociales. El derecho junto con el lenguaje, el conocimiento y la calidad del desarrollo humano constituyen la cultura humana.³⁵

Respecto de la relevancia que adquiere este concepto en el proceso de trasposos cabe considerar que el efecto de las cuestiones políticas, culturales y sociales extrínsecas a los aspectos legales y a los procesos de optimización económica es mayor en la determinación de los procesos de migraciones de ideas legales, que en el trasposo de patrones tecnológicos, económicos y científicos³⁶.

Los operadores jurídicos. La tecnología de red y el nivel de adaptación normativo

Ya hemos esbozado que existen jugadores clave en el proceso de cambio legal. Sus intereses y preferencias pueden determinar la suerte respecto de la recepción de un instituto. Los abogados profesionales —en cualquiera de los cargos que pueden desempeñar— son el máximo exponente en esta categoría y algunos de ellos poseen la capacidad suficiente para determinar lo que se considera “legal”.³⁷

³⁵ Sacco, Rodolfo, “*Diversity and uniformity in law*”, *The American Journal of Comparative Law* Vol 49, N° 2, pág 172.

³⁶ Schauer, Frederick, “*The politics and incentives of legal transplantation*” Center for International Development, Harvard University, Working Paper N° 44, (2000). Disponible en <http://www.cid.harvard.edu/cidwp/044.htm>

³⁷ Garoupa, Nuno M. - Ogus, Anthony I; “*An Strategic Interpretation of Legal Transplants*” (2003), op. cit nota 33.

Ciertos autores han realizado un análisis económico del fenómeno, perfilando a la cultura legal como una tecnología de red³⁸. De esta forma se presenta como un determinado conjunto de mecanismos lingüísticos, conceptos y procedimientos que se transforman en las principales formas de comunicación de los conceptos y decisiones legales en un territorio determinado; las cuales son manejadas por los operadores jurídicos de ese territorio. Este mecanismo de red permite constituir un monopolio que tendería según los autores, por lo menos en cierto aspecto, a ser eficiente en lo que respecta a minimizar el costo de resolución de conflictos.³⁹

El manejo de las formalidades y el lenguaje funcionan como barreras de entrada a otros operadores de forma tal que sólo un grupo reducido se asegura el rol de “adaptadores de normas”.

Dentro de los agentes jurídicos relevantes, y a su vez entre los abogados, son los jueces quienes desarrollan un rol crucial en la recepción de una nueva norma o institución, en tanto sobre ellos recae la posibilidad última de determinar lo que es jurídicamente viable en un momento determinado.

Puede decirse que el nivel de permeabilidad de la cultura legal, y la posibilidad de que quienes detentan el monopolio de la misma, adapten sus preferencias a un instituto extraño a esa cultura, resultarán aspectos cruciales en la velocidad de recepción y aplicación del instituto transplantado.

Finalmente debemos por lo menos mencionar el hecho de que la aceptación de medios del trasplante no implica la aceptación de fines, lo que puede dar lugar al proceso llamado de aculturación antagonica.⁴⁰ Esto resulta relevante a la hora de poder interpretar la conducta de quienes resultan creadores de normas jurídicas en un

³⁸ El rasgo típico de la tecnología de red es que su utilidad social aumenta a medida que más usuarios hacen uso de ella.

³⁹ Ogus, Anthony; “*The economic basis of legal culture: network and monopolization*”, op. cit. nota 32.

⁴⁰ Deverux, George - Loeb, M. Edwin, “*Antagonistic Aculturation*”, *American Sociological Review*, Vol. 8, N° 2 (1943), pág. 133 - 147.

sistema, para evidenciar si efectivamente se pretende un trasplante institucional o bien, sabiendo de antemano el rechazo que tendrá el mismo, es perseguido al solo efecto de reforzar el sistema vigente.

b) Similitud de sistema jurídico

La semejanza que posean los sistemas jurídicos —donante y receptor respectivamente— influye directamente sobre la posibilidad de copiar instituciones legales. Ello sin perjuicio de la importancia que se suele otorgar a la forma en que la ley es inicialmente transplantada, resultando un determinante más importante que la familia jurídica a la que pertenecen el país donante y el país receptor.⁴¹ Sin embargo, desde la perspectiva de los costos de información, una primera intuición nos lleva a afirmar que los mismos serán menores si resulta que el instituto migrado lo es en el marco de países de la misma familia jurídica. Una institución transplantada que no reúne los caracteres de un sistema jurídico en un momento determinado puede ser vista como un intruso y, en el caso de no ser aceptada por aquellos agentes antes mencionados, su nivel de receptividad se vería fuertemente erosionado.⁴²

El filósofo norteamericano John Dewey, analizando la lógica de las decisiones judiciales, ha sostenido un punto, que si bien parece obvio, resulta dirimente en la determinación de los costos de transacción de un proceso de trasplante. El citado autor menciona que: *“resulta práctico y económico utilizar un concepto que ya se encuentra a mano que tomarse el tiempo y el esfuerzo en modificar uno o diseñar uno nuevo.”*⁴³

⁴¹ Este punto es el desarrollado por Pistor Katharina - Berkowitz Daniel - Richard, Francois en *“Development, Legality and the Transplant Effect”*, op. cit. nota 31.

⁴² Warneryd Karl *“Transaction Cost, Institutions, and Evolution”*, Elsevier Journal of Economic Behaviour and Organization, Vol 25 1994 pág., 220 y ss.

⁴³ Dewey, John, *“Logical Method and the Law”*, The Philosophical Review, Vol 33 N° 6, Nov 1924, pág. 564.

Creemos que el concepto de similitud en la familia jurídica afecta el proceso de recepción, de manera que si el instituto transplantado pertenece a la familia jurídica del país receptor, se disminuyen los problemas de información asimétrica entre la nueva norma y los agentes jurídicos encargados de adaptarla al nuevo marco institucional, lo que reduce el tiempo de adaptación de aquello que se transplanta.

Finalmente resta destacar que si bien un sistema jurídico X, en su conjunto, puede evidenciar sesgos que lo hacen guardar similitud con un sistema Y, ello no impide que existan sub sistemas x_1, x_2, \dots, x_n que puedan a su vez relacionarse con subsistemas diferentes de y_1, y_2, \dots, y_n , léase z_1, z_2, \dots, z_n por lo que el transplante de y_1 no necesariamente implica un nivel de aceptación elevado en x_1 puesto que este último podría tener afinidad con z_1 y no con y_1 .

c) Existencia de un mercado de instituciones jurídicas

Hemos dicho que quienes plantean la eficiencia del proceso de convergencia de instituciones jurídicas sostienen que la homogeneización de los sistemas legales puede ser explicada como algún tipo de movimiento hacia la eficiencia de un sistema jurídico global⁴⁴. De esta forma, con excepción de aquellas leyes con alto contenido moral y religioso, los diferentes sistemas jurídicos tienden a confluir en tanto posean desarrollos sociales y económicos similares⁴⁵. Necesariamente este proceso de unificación generará transplantes de instituciones, ya sea en su concepción tradicional aquí planteada, o a través de un proceso de unificación equivalente.⁴⁶

⁴⁴ Matthey, Ugo, “*Efficiency in legal transplants. An essay in Comparative Law and Economics*,” op. cit., nota 10.

⁴⁵ Ogus Anthony, “*Competition Between National Legal Systems: A contribution of Economic Analysis to Comparative Law*”, I.C.L.Q, Vol 48 N° 2 Ap. 1999, pág. 408.

⁴⁶ La distinción es planteada por Garupa y Ogus, de acuerdo a la capacidad de negociación de los países involucrados en el proceso. Véase Garupa - Ogus, “*An*

La selección de los donantes de esos institutos, quienes constituyen la oferta de instituciones jurídicas, obedece a diversas razones, algunas de las cuales fueron expuestas al referenciar la clasificación de Miller, y que principalmente pueden estar constituidas entre otros factores por el prestigio o el éxito que esa norma o conjunto de normas hayan tenido en determinado país o sistema jurídico. Ello es todo cuanto habremos de expresar sobre el rol del donante en este trabajo puesto que nos focalizamos en el otro extremo del proceso (vgr. la recepción).

Es así que los procesos de préstamos institucionales se dan en el marco de un proceso de mercado de instituciones en el cual ciertos países resultan —por diversos motivos— demandantes de instituciones y otros que —poseen normalmente estructuras institucionales fuertes— resultan oferentes.

Desde otro punto de vista se ha dicho que, con independencia del nivel de desarrollo de un estado, son los operadores jurídicos de un sistema en un momento determinado quienes estiman conveniente imitar determinados principios legales⁴⁷. Esta visión se opone claramente a aquellas que consideran la evolución del derecho como un “proceso de espejo”, es decir esencialmente limitado a la demanda de otro factor subyacente diferente del legal⁴⁸.

d) Costos de información

Es sabido que el marco institucional surge a los efectos de aumentar la cantidad de transacciones, por eso las instituciones sociales

Strategic Interpretation of Legal Transplants” (2003), CEPR Discussion Paper No. 4123 op. cit., nota 33.

⁴⁷ Watson, Alan “*The evolution of Law*”, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1985, pág 18.

⁴⁸ Para un desarrollo del concepto de teorías espejo véase Ewald, William , “*Comparative jurisprudence (II) The logic of legal transplants*” op. cit. Nota 15, pág. 499.

siempre tienden a dar certeza y estabilidad para lograr explotar al máximo las ganancias de intercambio.⁴⁹

El nivel de conocimiento por parte de quienes resultarán afectados por el instituto transferido, tendrá gran injerencia a los efectos de estimar la posibilidad de recepción y el tiempo que demandará la misma, o el rechazo definitivo del trasplante intentado.

Se han identificado cuatro grandes puntos que incrementan los problemas de información existentes a la hora de efectuar un trasplante legal⁵⁰. Básicamente estos consisten en: 1) el esquema de incentivos que poseen los jueces para aplicar el nuevo instituto. Si los mismos son altos, el tiempo necesario para que una norma se adapte será menor, puesto que también será menor el lapso necesario para generar una “*jurisprudencia pacífica*”. Los incentivos que los jueces poseen en un sistema jurídico suelen encontrarse bien definidos y vienen dados por el impacto, en términos burocráticos que tendrá la aplicación del nuevo instituto en su sentencia. 2) El nivel de conocimiento que los operadores jurídicos locales puedan poseer en forma individual sobre el origen del instituto trasplantado. Lo que influye en este punto es el nivel de formación que poseen del instituto trasplantado⁵¹. 3) El nivel de subsanación de errores que los jueces efectúen respecto de aquellas interpretaciones “defectuosas” que pudieran cometer los litigantes. El enfoque aquí reposa en la idea de un “*super magistrado*”, que puede superar los problemas de información del nuevo instituto por parte de los litigantes. 4) El costo de producir argumentos legales a efectos de que se aplique la nueva normati-

⁴⁹ Warneryd, Karl “Transaction Cost, Institutions and Evolution” op. cit. nota 41, pág 19.

⁵⁰ Aquí seguimos la propuesta efectuada por Hadfield, Guillian; “*Levers of Legal Design: Institutional Determinants of the Quality of Law*” (2007). USC CLEO Research Paper No. C07-8 Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=988800>

⁵¹ No resulta casual que el mayor proceso de americanización del sistema jurídico argentino haya tenido lugar durante una década de apertura económica y estabilidad en la cual gran cantidad de profesionales del derecho argentino realizaron sus estudios de posgrado en el exterior.

va. Es decir la elaboración de razonamientos tanto por parte de los litigantes para sostener la aplicación de los nuevos institutos, como por parte del juez al fundamentar su decisión. Desarrollaremos más este punto al plantear los problemas de los determinantes del proceso de recepción.

En el proceso de reducción de costos de información es claro que los abogados y jueces se encuentran en mejor posición para adaptar una nueva norma de lo que se encuentra el legislador. Normalmente el legislador es quien realiza la importación normativa, pero él posee amplios baches de conocimiento respecto de las preferencias de aquellos a quienes la norma habrá de afectar, incluyendo las suyas propias.⁵² Es así que la labor integradora de la jurisprudencia ayuda a reducir los costos de transacción del nuevo instituto transplantado.

Sobre el particular la visión pragmática sostenida por Dewey nuevamente nos apunta un punto interesante: *“La utilización de conceptos ya formados anteriores también arroja como resultado una sensación de estabilidad, de garantía contra cambios abruptos de las reglas, que podría afectar la legalidad de los actos”*⁵³.

III. EL CRAMDOWN POWER. BREVE CARACTERIZACIÓN Y ANÁLISIS ECONÓMICO DEL INSTITUTO

a) **Conceptualización del instituto**

El instituto del *cramdown power* fue receptado en nuestra legislación a partir de la modificación que se introdujera en la normativa concursal mediante el artículo 17 de la ley 25.589. En su actual redacción el citado precepto normativo prescribe. *“52.- (Texto según ley 25589, art. 17). No deducidas impugnaciones en término, o al rechazar las interpuestas, el juez debe pronunciarse sobre la homologación del acuerdo. 1. Si considera una propuesta única, aprobada por*

⁵² Una cuestión relevante aquí es qué ocurre si quien importa la norma posee preferencias inversas respecto de a quienes la norma será aplicable.

⁵³ Dewey, John, *“Logical Method and the Law”*, op. cit. nota 42 pág 566.

las mayorías de ley, debe homologarla. 2. Si considera un acuerdo en el cual hubo categorización de acreedores quirografarios y consiguiente pluralidad de propuestas a las respectivas categorías: a) Debe homologar el acuerdo cuando se hubieran obtenido las mayorías del art. 45 o, en su caso, las del art. 67; b) Si no se hubieran logrado las mayorías necesarias en todas las categorías, el juez puede homologar el acuerdo, e imponerlo a la totalidad de los acreedores quirografarios, siempre que resulte reunida la totalidad de los siguientes requisitos: i) Aprobación por al menos una de las categorías de acreedores quirografarios; ii) Conformidad de por lo menos las tres cuartas partes del capital quirografario; iii) No discriminación en contra de la categoría o categorías disidentes. Entiéndase como discriminación el impedir que los acreedores comprendidos en dicha categoría o categorías disidentes puedan elegir —después de la imposición judicial del acuerdo— cualquiera de las propuestas, únicas o alternativas, acordadas con la categoría o categorías que las aprobaron expresamente. En defecto de elección expresa, los disidentes nunca recibirán un pago o un valor inferior al mejor que se hubiera acordado con la categoría o con cualquiera de las categorías que prestaron expresa conformidad a la propuesta; iv) Que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes. 3. El acuerdo no puede ser impuesto a los acreedores con privilegio especial que no lo hubieran aceptado. 4. En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”.

El instituto que pretendemos analizar está concretamente en el Inc. 2, b) del referido artículo 52, y se denomina *cramdown power*.⁵⁴ En líneas generales la nueva redacción del artículo prevé la posibilidad de que el juez del concurso pueda homologar la propuesta aún cuando no se hayan logrado las mayorías necesarias, en caso de que exista categorización de acreedores. Así en aquellos supuestos en los

⁵⁴ Debe distinguirse este instituto del llamado, según la doctrina concursalista local “Cramdown a la Criolla”, previsto en el artículo 48 de nuestra Ley de Concursos y que consiste básicamente en la adquisición de la empresa concursada por terceros que se presentan en el proceso.

cuales esté presente dicha categorización y exista una pluralidad de propuestas si el concursado no obtuvo las mayorías necesarias para aprobar su concordato y homologarlo debido a la reticencia de alguna clase de acreedores, el juez concursal puede imponerlo a quienes no prestaron su conformidad.⁵⁵

Concordamos con la doctrina local al sostener que el legislador ha pretendido introducir la figura del derecho concursal norteamericano prevista en el art. 1129 del Chapter 11 del U.S. Code⁵⁶. A los efectos del análisis que venimos desarrollando entendemos necesario plantear en forma general las características de nuestro instituto y el de su par originario, aquél previsto en el derecho norteamericano; para pasar luego a considerar el esquema de incentivos que plantea el instituto en forma genérica.

En nuestra legislación se prevén ciertas condiciones para la aplicación por parte del juez de las facultades super-homologatorias a saber: 1) categorización y pluralidad de propuestas conforme el art. 43 de la L.C.Q, y 2) falta de obtención de las mayorías necesarias por parte del concursado.⁵⁷ Acaecidos estos supuestos, la aplicación del instituto por parte del juez está sujeto a las previsiones del mismo artículo 52 Inc. b) que son las previstas los puntos I, II, III, IV del referido instituto.

Vale la pena referirse a algunas de las consideraciones que efectuara la doctrina concursalista local sobre el instituto, no a los efectos de coincidir o disentir con los mismos, sino porque suelen cristalizar la/s línea/s de opinión sobre la aplicación de la norma, lo cual a los efectos del presente estudio concede una primera aproximación sobre el nivel de recepción.

⁵⁵ Esta es la descripción realizada por Sparza, en Cámara, Héctor; “*El Concurso Preventivo y la Quiebra*” Ed. Actualizada bajo la dirección de Ernesto Martorel, Ed. Lexis Nexis Buenos Aires, 2006, pág. 424.

⁵⁶ Sparza, Gustavo en Cámara, Héctor, “*El Concurso Preventivo y la Quiebra*”, op cit. nota 53 pág. 429.

⁵⁷ Nuestra legislación en su artículo 45 prevé la necesidad de un doble régimen de mayorías; mayoría de personas y mayoría de capital.

Junyent Bas y Molina Sandoval han mencionado que el instituto ha aplicado terminología no propia de la legislación concursal, sino más común a campos como el derecho constitucional, al referirse al concepto de la discriminación de las propuestas.⁵⁸ Martorell por su parte lo menciona como un instituto de muy difícil aplicación.⁵⁹ Lorente, Barreiro y Truffat⁶⁰, concuerdan también en que la figura resulta de difícil aplicación por los propios requisitos que impone la norma a la vez que, es condición implícita para su funcionamiento, la existencia de la categorización de acreedores. Apuntan además, con criterio, ciertas omisiones respecto de la norma local. Por ejemplo ¿qué ocurriría si al aplicar el art. 52 inc. b) el acuerdo que resulta homologado padeciera de errores? Ello en tanto la resolución que dispone la homologación del acuerdo preventivo no es susceptible de recurso de apelación. Otro punto es cómo deben armonizarse el artículo 48 de la L.C.Q., que establece la adquisición de la empresa por terceros y la oportunidad en la que debe utilizarse el 52 inc b). Por su parte Dasso refirió que la facultad judicial prevista en nuestra legislación concursal no contiene, a diferencia del modelo estadounidense, los parámetros que la ley consigna en forma explícita para que el juez decida que un plan es justo y equitativo en lo que refiere a la discriminación.⁶¹ En la misma línea se sitúa la crítica de Lorente a considerar como equivalente al *cramdown power* norteamericano nuestro art. 52 inc. b) en tanto la propia norma local define lo que entiende por discriminación, además que sólo les permite acogerse a

⁵⁸ Junyent Bas, Francisco - Molina Sandoval, Carlos “Ley de Concursos y Quiebras”, I Lexis Nexis 2003, consultada electrónicamente en www.lexisnexis.com.ar

⁵⁹ Martorell, Ernesto “Tratado de concursos y quiebras”, Lexis Nexis, 2003, Buenos Aires Tº II - C - pág. 78/85.

⁶⁰ Barreiro, Marcelo G - Lorente, Javier A - Truffat, Daniel E, “La aplicación de la facultad prevista en el artículo 52 inc. b de la ley 24.552”. LL 2005-D-1057.

⁶¹ Dasso, Ariel, “El proyecto de reformas a la ley de concursos y quiebras. Principales contenidos y el nuevo *cramdown*”, LL 1998-E-984.

propuestas que sí fueron aceptadas más no que se le imponga la que estaba prevista para la clase disidente.⁶²

Como dijimos anteriormente el modelo inicial del que se tomara el *cramdown power* es la sección 1129 del Chapter 11 del U.S. Code. Dicha sección establece que:

(a) The court shall confirm a plan only if all of the following requirements are met:

(1) The plan complies with the applicable provisions of this title.

(2) The proponent of the plan complies with the applicable provisions of this title.

(3) The plan has been proposed in good faith and not by any means forbidden by law.

(4) Any payment made or to be made by the proponent, by the debtor, or by a person issuing securities or acquiring property under the plan, for services or for costs and expenses in or in connection with the case, or in connection with the plan and incident to the case, has been approved by, or is subject to the approval of, the court as reasonable.

(5)

(A)

(i) The proponent of the plan has disclosed the identity and affiliations of any individual proposed to serve, after confirmation of the plan, as a director, officer, or voting trustee of the debtor, an affiliate of the debtor participating in a joint plan with the debtor, or a successor to the debtor under the plan; and

(ii) the appointment to, or continuance in, such office of such individual, is consistent with the interests of creditors and equity security holders and with public policy; and

⁶² Lorente, Javier, “No existe el Cramdown Power en el régimen legal argentino”, ponencia al congreso Nacional de Derecho Concursal e Iberoamericano de la Insolvencia, Mar del Plata, Noviembre 2003, Ed. Ad Hoc T° II 2003, pág 347.

(B) the proponent of the plan has disclosed the identity of any insider that will be employed or retained by the reorganized debtor, and the nature of any compensation for such insider.

(6) Any governmental regulatory commission with jurisdiction, after confirmation of the plan, over the rates of the debtor has approved any rate change provided for in the plan, or such rate change is expressly conditioned on such approval.

(7) With respect to each impaired class of claims or interests—

(A) each holder of a claim or interest of such class—

(i) has accepted the plan; or

(ii) will receive or retain under the plan on account of such claim or interest property of a value, as of the effective date of the plan, that is not less than the amount that such holder would so receive or retain if the debtor were liquidated under chapter 7 of this title on such date; or

(B) if section 1111 (b)(2) of this title applies to the claims of such class, each holder of a claim of such class will receive or retain under the plan on account of such claim property of a value, as of the effective date of the plan, that is not less than the value of such holder's interest in the estate's interest in the property that secures such claims.

(8) With respect to each class of claims or interests—

(A) such class has accepted the plan; or

(B) such class is not impaired under the plan.

(9) Except to the extent that the holder of a particular claim has agreed to a different treatment of such claim, the plan provides that—

(A) with respect to a claim of a kind specified in section 507 (a)(2) or 507 (a)(3) of this title, on the effective date of the plan, the holder of such claim will receive on account of such claim cash equal to the allowed amount of such claim;

(B) with respect to a class of claims of a kind specified in section 507 (a)(1), 507 (a)(4), 507 (a)(5), 507 (a)(6), or 507

(a)(7) of this title, each holder of a claim of such class will receive—

(i) if such class has accepted the plan, deferred cash payments of a value, as of the effective date of the plan, equal to the allowed amount of such claim; or

(ii) if such class has not accepted the plan, cash on the effective date of the plan equal to the allowed amount of such claim;

(C) with respect to a claim of a kind specified in section 507 (a)(8) of this title, the holder of such claim will receive on account of such claim regular installment payments in cash—

(i) of a total value, as of the effective date of the plan, equal to the allowed amount of such claim;

(ii) over a period ending not later than 5 years after the date of the order for relief under section 301, 302, or 303; and

(iii) in a manner not less favorable than the most favored nonpriority unsecured claim provided for by the plan (other than cash payments made to a class of creditors under section 1122 (b)); and

(D) with respect to a secured claim which would otherwise meet the description of an unsecured claim of a governmental unit under section 507 (a)(8), but for the secured status of that claim, the holder of that claim will receive on account of that claim, cash payments, in the same manner and over the same period, as prescribed in subparagraph (C).

(10) If a class of claims is impaired under the plan, at least one class of claims that is impaired under the plan has accepted the plan, determined without including any acceptance of the plan by any insider.

(11) Confirmation of the plan is not likely to be followed by the liquidation, or the need for further financial reorganization, of the debtor or any successor to the debtor under the plan, unless such liquidation or reorganization is proposed in the plan.

(12) All fees payable under section 1930 of title 28, as determined by the court at the hearing on confirmation of the plan, have been paid or the plan provides for the payment of all such fees on the effective date of the plan.

(13) The plan provides for the continuation after its effective date of payment of all retiree benefits, as that term is defined in section 1114 of this title, at the level established pursuant to subsection (e)(1)(B) or (g) of section 1114 of this title, at any time prior to confirmation of the plan, for the duration of the period the debtor has obligated itself to provide such benefits.

(14) If the debtor is required by a judicial or administrative order, or by statute, to pay a domestic support obligation, the debtor has paid all amounts payable under such order or such statute for such obligation that first become payable after the date of the filing of the petition.

(15) In a case in which the debtor is an individual and in which the holder of an allowed unsecured claim objects to the confirmation of the plan—

(A) the value, as of the effective date of the plan, of the property to be distributed under the plan on account of such claim is not less than the amount of such claim; or

(B) the value of the property to be distributed under the plan is not less than the projected disposable income of the debtor (as defined in section 1325 (b)(2)) to be received during the 5-year period beginning on the date that the first payment is due under the plan, or during the period for which the plan provides payments, whichever is longer.

(16) All transfers of property of the plan shall be made in accordance with any applicable provisions of nonbankruptcy law that govern the transfer of property by a corporation or trust that is not a moneyed, business, or commercial corporation or trust.

(b)

(1) Notwithstanding section 510 (a) of this title, if all of the applicable requirements of subsection (a) of this section

other than paragraph (8) are met with respect to a plan, the court, on request of the proponent of the plan, shall confirm the plan notwithstanding the requirements of such paragraph if the plan does not discriminate unfairly, and is fair and equitable, with respect to each class of claims or interests that is impaired under, and has not accepted, the plan.

(2) For the purpose of this subsection, the condition that a plan be fair and equitable with respect to a class includes the following requirements:

(A) With respect to a class of secured claims, the plan provides—

(i)

(I) that the holders of such claims retain the liens securing such claims, whether the property subject to such liens is retained by the debtor or transferred to another entity, to the extent of the allowed amount of such claims; and

(II) that each holder of a claim of such class receive on account of such claim deferred cash payments totaling at least the allowed amount of such claim, of a value, as of the effective date of the plan, of at least the value of such holder's interest in the estate's interest in such property;

(ii) for the sale, subject to section 363 (k) of this title, of any property that is subject to the liens securing such claims, free and clear of such liens, with such liens to attach to the proceeds of such sale, and the treatment of such liens on proceeds under clause (i) or (iii) of this subparagraph; or

(iii) for the realization by such holders of the indubitable equivalent of such claims.

(B) With respect to a class of unsecured claims—

(i) the plan provides that each holder of a claim of such class receive or retain on account of such claim property of a value, as of the effective date of the plan, equal to the allowed amount of such claim; or

(ii) the holder of any claim or interest that is junior to the claims of such class will not receive or retain under the plan on account of such junior claim or interest any property, except that in a case in which the debtor is an individual, the debtor may retain property included in the estate under section 1115, subject to the requirements of subsection (a)(14) of this section.

(C) With respect to a class of interests—

(i) the plan provides that each holder of an interest of such class receive or retain on account of such interest property of a value, as of the effective date of the plan, equal to the greatest of the allowed amount of any fixed liquidation preference to which such holder is entitled, any fixed redemption price to which such holder is entitled, or the value of such interest; or

(ii) the holder of any interest that is junior to the interests of such class will not receive or retain under the plan on account of such junior interest any property.

(c) Notwithstanding subsections (a) and (b) of this section and except as provided in section 1127 (b) of this title, the court may confirm only one plan, unless the order of confirmation in the case has been revoked under section 1144 of this title. If the requirements of subsections (a) and (b) of this section are met with respect to more than one plan, the court shall consider the preferences of creditors and equity security holders in determining which plan to confirm.

(d) Notwithstanding any other provision of this section, on request of a party in interest that is a governmental unit, the court may not confirm a plan if the principal purpose of the plan is the avoidance of taxes or the avoidance of the application of section 5 of the Securities Act of 1933. In any hearing under this subsection, the governmental unit has the burden of proof on the issue of avoidance.

(e) In a small business case, the court shall confirm a plan that complies with the applicable provisions of this title and that is filed in

*accordance with section 1121 (e) not later than 45 days after the plan is filed unless the time for confirmation is extended in accordance with section 1121 (e)(3).*⁶³

⁶³ Texto tomado del legal information institute de Cornell University, disponible en http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode11/usc_sec_11_00001129---000-.html. Una traducción libre de parte del artículo puede encontrarse en Lorente, Javier, “No existe el Cramdown Power en el régimen legal argentino” op. cit. nota 60 pág. 353: “El tribunal deberá confirmar un plan, sólo si se cumplen todos los requisitos que se detallan a continuación: a) 1. Sin perjuicio de la Sección 510 de este Título, si todos los requisitos aplicables de la subsección (a) de esta Sección, distinta al párrafo 8º, se cumplen con respecto a un plan el tribunal, a pedido del proponente del mismo, deberá confirmarlo, independientemente de los requisitos de dicho párrafo, si el plan no discrimina injustamente, si es justo y equitativo con respecto a cada clase de créditos o derechos societarios que esté afectada según el plan y que no lo haya aceptado.

2. A) con respecto a una clase de créditos privilegiados, el plan dispone:

V) i que los poseedores de dichos créditos retengan los privilegios o derechos preferenciales que garantizan dichos créditos, aunque la propiedad sujeta a dichos privilegios o derechos privilegiados esté retenida o no por el deudor, o transferida o no a otra entidad, hasta el monto concedido de dichos créditos; y

ii que cada tenedor de un crédito de dicha clase reciba, en virtud de dicho crédito, pagos diferidos en efectivo por un valor que totalice al menos, el monto concedido de dicho crédito a la fecha de vigencia del plan de por lo menos el valor del derecho de dicho poseedor en la participación que la masa concursal tiene en dicha propiedad.

VI) la venta, sujeta a la Sección 363 k) de este Título de una propiedad que esté sujeta a dichos privilegios o derechos preferenciales que garantizan dichos créditos que esté libre de tales privilegios, y que los mismos embarguen el producido de dicha venta, y el tratamiento de dichos privilegios sobre el producido conforme la cláusula (i) o (iii) de este subpárrafo o;

VII) la realización por parte de dichos poseedores, de un equivalente indudable de dichos créditos.

b) Con respecto a una clase de créditos quirografarios: I. el plan dispone que cada poseedor de un crédito de dicha clase, reciba o retenga, en virtud de dicho crédito, la propiedad de un valor, a la fecha de vigencia del plan, igual al monto concedido de dicho crédito o ;

II. el poseedor de un crédito o derecho que sea subordinado a los créditos de dicha clase, no reciba ni retenga, según el plan ninguna propiedad, en virtud de dicho crédito o derecho subordinado.

VIII) Con respecto a una clase de derechos societarios:

I. el plan dispone que cada poseedor de un derecho de dicha clase reciba o retenga, en virtud de dicho derecho, la propiedad de un valor, a la fecha de vigencia del plan,

Del farragoso artículo, hemos de hacer una breve referencia en relación con los criterios de “unfair discrimination”, por ser uno de los temas que mayor divergencia presenta entre ambos institutos y que ha tornado dificultosa su recepción en Argentina.

El primer criterio sobre discriminación injusta aparece referido en un viejo caso de 1910, “Ring v. New Auditorium Pier Co”. En este caso los mecanismos de no discriminación funcionaban como un sistema para asegurar un trato igualitario a todos los acreedores y accionistas.⁶⁴ Con el surgimiento del nuevo código se han aplicado diversos estándares sobre el concepto de *unfair discrimination*, uno de los más conocidos es, sin lugar a dudas, el que surge de la doctrina de “Liberty National Enterprises v. Ambanc La Mesa Ltd. Partnership” y que se encuentra refinado en *Aztec Co.* De la doctrina de estos precedentes resulta un cuádruple criterio para determinar que un plan no resulta discriminatorio respecto de las clases. A saber: a) si la discriminación posee una base razonable, b) si el deudor no podría obtener el acuerdo y cumplir el plan sin el tratamiento discriminatorio propuesto, c) si la discriminación fue propuesta de buena fe, d) efectuar un análisis particular de las clases discriminadas.⁶⁵

A su vez el instituto del *cramdown power* descansa sobre los lineamientos de la “Absolute Priority Rule”. El reporte del comité a cargo de la modificación de la Ley de Quiebras en 1978 expuso: “*La sección 1129 b 1 requiere simplemente que el plan contenga ciertos criterios de justicia para las clases disidentes. Según el criterio general debe procederse a la homologación sin la conformidad de todas las clases*

igual al monto mayor concedido de una preferencia de liquidación consolidada, a la cual el poseedor tiene derecho, el precio fijo de rescate al cual el poseedor tiene derecho o el valor de dicho derecho; o

II. el poseedor de un derecho que sea subordinado a los derechos societarios de dicha clase, no reciba ni retenga ninguna propiedad, según el plan, en virtud de dicho derecho subordinado.

⁶⁴ Markell, Bruce, “A New Perspective on Unfair Discrimination in Chapter 11”, *American Bankruptcy Law Journal* N° 72, Spr. 1998, pág 227.

⁶⁵ Markell, Bruce op cit. nota 62 pág 227.

si esa clase y todas las que se encuentran debajo de ella en jerarquía son tratadas de acuerdo con la absolute priority rule".⁶⁶

b) El análisis económico del Cramdown Power

La literatura sobre contratos financieros incompletos se basa en la conjetura a partir de la cual algunas situaciones futuras son demasiado dificultosas para describir en los contratos. Así problemas de liquidez en situaciones de *default* pueden evitar el surgimiento natural de resultados eficientes producto de negociaciones *ex post*. Ante esta situación los deudores y acreedores pueden diseñar mecanismos contractuales acordando la transferencia de los derechos de control sobre una compañía, en función de determinados indicadores de cumplimiento. Otra posibilidad, que es la que aquí nos interesa, es que un tercero, un juez de quiebras en nuestro caso, pudiera redistribuir bajo algún criterio esos derechos de control⁶⁷.

En términos generales puede decirse que cualquier legislación concursal es una respuesta a un problema de financiamiento. Normalmente las relaciones entre acreedor y deudor son gobernadas por acciones individuales que tienden a proteger el crédito que el primero tiene contra el segundo⁶⁸.

El núcleo de los procesos de concursos y quiebras refleja una tensión entre el problema del crédito individual versus el cobro colectivo por parte de todos los acreedores.⁶⁹

⁶⁶ Miscoscia, Jr. Anthony, "*The bankruptcy Code and the New Value Doctrine: An examination into History Illusion and the Need for Competitive Binding*", Virginia Law Review Vol 79 N° 4 (1993) pág 919.

⁶⁷ Ayotte, Kenneth, Hayong Yun; "Matching Bankruptcy Law to Legal Environments", Journal of Law, Economics and Organization Advance publicación de avance online con fecha October 25, 2007, hay version disponible en <http://ssrn.com/abstract=613641>

⁶⁸ Jackson, "The logics and limits of Bankruptcy Law", Washington, US Beardbooks 2001, pág. 25.

⁶⁹ Miscoscia, Jr. Anthony, "The bankruptcy Code...", op cit. nota 64, pág 917.

La legislación concursal apunta a un supuesto puntual. El caso de que un deudor tenga una cantidad “ n ” de acreedores en donde $n > 1$ y los bienes del deudor “ y ” no alcanzan para satisfacer a esa cantidad “ n ” de acreedores ($y < n > 1$). Aquí se evidencia la tensión antes referenciada. Un proceso de ejecución individual llevaría a que aquellos que primero ejecuten sus garantías obtengan el cobro de sus créditos y los acreedores subsiguientes no tuviesen bien alguno para hacer valer sus acreencias.

Las leyes de concursos y quiebras intentan mitigar este problema, ordenando las preferencias de cobro de los acreedores. Por supuesto esta ordenación es susceptible de una apreciación normativa, léase la determinación de algún tipo de ordenación eficiente de las prioridades de cobro. Como expusimos al comienzo de nuestro trabajo entendemos que una situación resulta eficiente respecto de una asignación si los beneficios de la misma superan a los costos y aquellos que los soportan pueden obtener algún tipo de compensación, cuando menos en forma hipotética. En concreto, respecto del concepto de eficiencia en las leyes de quiebras se ha dicho que una legislación de este tipo suele arrojar resultados eficientes cuando: a) genera un esquema de incentivos en los inversores que evita que los mismos sobreinviertan⁷⁰; b) permite que sólo las empresas ineficientes sean liquidadas, y c) permite obtener el más alto valor de realización de los activos.⁷¹

⁷⁰ El proceso de sobreinversión, conocido en el área de las finanzas corporativas, refiere a la posibilidad de los accionistas de tomar excesivo riesgo dado que en el caso de liquidación ellos son los últimos que estarían en condiciones de cobrar algún dividendo, una vez satisfechas todas las demás acreencias. Nos animamos a sugerir que un dispositivo que tendería a la eficiencia en este caso es el previsto en el art 160 de la L.C.Q, en cuanto permite bajo determinados supuestos extender la quiebra a los administradores de la sociedad fallida.

⁷¹ Blazy, Regis, - Chopard, Bertrand, “*Ex post efficiency of bankruptcy procedures: A general normative framework*”, *International Review of Law and Economics* N° 24- 2004 pág. 447.

En el caso que analizamos, nos importa un determinado tipo de legislación falencial, aquella que contiene —previo al mecanismo de liquidación— un sistema de reorganización de la compañía. Blazy & Chopard⁷² plantean que una legislación que regula los procesos de reorganización es susceptible de producir dos tipos de errores. Estos errores reducen la eficiencia del sistema de reorganización, por lo que la legislación debería tender a reducir su existencia. Los errores tipo I son aquellos en los que firmas ineficientes pueden alcanzar las mayorías necesarias para la aprobación de sus propuestas y, por lo tanto, acceden a la solución concursal. Los errores tipo II, resultan ser el supuesto inverso en el cual empresas económicamente eficientes no alcanzan las mayorías necesarias para acceder a la solución concursal y entonces son liquidadas.

A la luz de lo expuesto consideramos que el instituto del *cramdown power* resulta ser un mecanismo que permite mitigar este tipo de ineficiencia, en tanto procura evitar que durante el proceso de presentación y aceptación de propuestas, una empresa económicamente viable resulte liquidada prematuramente por la falta de conformidad de alguna clase que posee incentivos a una liquidación temprana de la empresa. De esta forma claramente los beneficios redundarían para el mayor número (vgr, las categorías que prestaron su conformidad y el propio deudor concursado), y el costo recaería en aquella clase a quien se le impone el acuerdo, para quien, sin lugar a dudas, la solución tendería a ser sub óptima.⁷³

Resta ahora determinar la existencia de algún tipo de compensación para los acreedores disidentes. Materialmente esta compensación se observa en aquellos límites que existen a la posibilidad de

⁷² Blazy, Regis — Chopard, Bertrand, op. cit. nota 69, pág. 449.

⁷³ No analizamos aquí el supuesto planteado en nuestra ley que obliga a que el acreedor disidente reciba por lo menos lo que cobraría en la quiebra, lo que nos lleva a preguntar, si este tipo de compensación no elimina la ineficiencia apuntada. En la realidad, es dudoso que así sea, puesto que la práctica concursal demuestra que son pocos los acreedores quirografarios que logran cobrar sus acreencias completas en la quiebra.

imponer los acuerdos a los acreedores disidentes. Principalmente si se contempla alguna posibilidad de que estos no puedan obtener un resultado económico menor al que obtendrían de la liquidación del activo; o bien a la opción de incluirse en alguna de las categorías disidentes, lo que implica aplicación de principios democráticos, en cuanto la categoría de acreedores a la cual le es impuesto el acuerdo puede elegir ser incluida en cualquiera de las otras categorías que recibieron propuestas y que la aceptaron⁷⁴; o bien la imposición de la propuesta que el acreedor había previsto para esa clase disidente, en tanto esto sería lo máximo que hubieran obtenido en el caso de prestar la conformidad acuerdo preventivo. Algunos de estos criterios se ven receptados en los sub puntos iii y iv del Art. 52 Inc. b) de la L.C.Q.

Los razonamientos hasta aquí efectuados nos permiten concluir que el *cramdown power* resulta eficiente como instituto en sí, dado que maximiza los resultados de la mayoría de los acreedores, quienes valoran más la continuación de la empresa que su liquidación, a la vez que permite compensar a los acreedores disidentes.

IV. DETERMINANTES DE LOS TRANSPLANTES LEGALES

El estudio de las causas sobre la baja receptividad de las facultades super homologatorias requiere necesariamente comprender el proceso de adaptación de una norma transplantada.

Los enfoques tradicionales del derecho comparado que han intentado explicar el fenómeno de los transplantes legales no han seguido una línea sistemática, aproximándose al fenómeno desde diversos aspectos. Así encontramos aquellos que realizando un estudio

⁷⁴ En este punto tomamos la definición de renegociación óptima de Blazy - Chopard que requieren tres propiedades: neutralidad financiera, tolerancia legal y estabilidad democrática.

sociológico priorizan el prestigio o calidad de la institución transplantada, aquellos que remarcan el rol de las elites locales, fuerzas culturales, otros que se centran en la eficiencia, los que lo han abordado en perspectiva histórica, etc.

Creemos que una aproximación desde la economía evolutiva podría contribuir a entender el proceso de transferencia de normas transplantadas desde una perspectiva dinámica, consistente con la naturaleza del proceso de recepción y adaptación de institutos provenientes de préstamos institucionales, al mismo tiempo que permitiría incluir muchos de los conceptos mencionados en el párrafo precedente.

Como en todo proceso de mercado la provisión de bienes (vgr. normas o institutos en este caso) puede verse afectada por la existencia de factores que impidan que el mercado funcione correctamente, a ellos podemos denominarlos costos de transacción. En el contexto evolutivo pueden definirse como el valor esperado de la información respecto de la distribución de estrategias de los individuos de una población⁷⁵. Su existencia influirá directamente sobre los operadores del sistema aletargando el proceso de incorporación de la norma a la cultura legal vigente.

Así, la recepción de una institución foránea en un sistema legal vigente dependerá esencialmente: a) que la misma sea consistente con las preferencias de quienes modelan la cultura legal del sistema receptor, b) que esos agentes “modeladores” posean información suficiente para incorporar la legislación foránea al sistema local, c) que posean “fuerza” suficiente para adaptarlo a aquellos individuos reticentes dentro del sistema receptor, y d) de la asiduidad con la que se deba utilizar la norma foránea en tanto a mayor utilización mayor adaptación. Estas características son lo que denominaremos como: escenario adaptativo de la norma.

⁷⁵ Warneryd Karl “Transaction Cost, Institutions, and Evolution” op. cit. nota 41, pág. 19.

De los requisitos mencionados precedentemente puede inferirse que la existencia de una regla que provea mejores soluciones para una situación determinada respecto de otra vigente que provee soluciones peores, es condición necesaria, pero no suficiente para determinar el éxito de un proceso de transplante. Ello en tanto el proceso de reemplazo de una regla de inferior calidad por una de calidad superior está sesgado por el escenario adaptativo de la norma, el cual como producto evolutivo, genera una cierta herencia genética o inercia institucional que impide que los trasposos se efectúen exclusivamente por la calidad de la norma.

Plantado en estos términos el proceso de transplante puede entenderse como un proceso de mutación institucional, cuya adaptación podría ser interpretada como un juego repetido infinitas veces, en el cual en cada jugada algunos jugadores —aquellos que poseen la aptitud de asimilar “normas mutantes” al sistema— aprenden de los errores cometidos en el escenario anterior en lo que se refiere a la adaptación de la norma en la cultura legal receptora, y dicha tasa de errores tiende a decrecer con el transcurso del tiempo. Este aprendizaje es de carácter individual.⁷⁶ Es realizado mayormente por aquellos agentes que poseen información tanto respecto de la norma importada como del funcionamiento del sistema local. A medida que la norma es adaptada, el aprendizaje individual decrecerá y pasará a ser mayormente social, pasando a ser considerada parte de la cultura legal.

En este sentido podemos inferir que cuanto mayor sea el nivel de aprendizaje social de una norma, más adaptada se encuentra la misma al sistema normativo local.⁷⁷

⁷⁶ Kraus, Jody, “*Legal Design and The Evolution of Commercial Norms*”, *Journal of legal studies* Volume 27, issue 2, 1998, pág 377-411.

⁷⁷ Kraus, Jody; “*Legal Design and The Evolution of Commercial Norms*” op cit. nota 74 pág 379.

Veamos un poco más en profundidad el rol los agentes institucionales que favorecen una asimilación más rápida de la institución.

Como lo hemos expuesto en el capítulo II los abogados especialistas en la materia, ya sea ejerciendo la función de magistrados o de partes litigantes, serán los agentes que en gran parte determinarán la velocidad de adaptación de la norma o sentenciarán su ineficacia.

La judicatura será, sin lugar a dudas, la que promueve en mayor medida el proceso de adaptación de la norma al sistema institucional, en tanto son los jueces quienes deben resolver las cuestiones que requieren de la utilización de la nueva institución y deciden si aplicarla o dejarla de lado. Sobre este punto los jueces efectúan evaluaciones idiosincrásicas con relación a los beneficios que obtienen en el caso particular y en el que deben optar entre seguir un parámetro establecido, y adaptar una nueva regla. Sobre este aspecto resulta dirimente destacar la probabilidad de ocurrencia de error judicial; ya que los jueces sólo tenderán a seguir un patrón de adaptación de una nueva norma.⁷⁸

La amplitud normativa que se le otorga a los magistrados de resolver cuestiones en forma *ex post* influye directamente sobre la posibilidad de recepción de un instituto transplantado *ex ante*. Ello en tanto, como lo mencionamos anteriormente, el legislador que importa el instituto no posee información completa y perfecta. Por lo cual es razonable esperar que se presenten contingencias que sólo podrán ser adaptadas por quienes deben resolver cuando esas imprevisiones ya son un hecho. Debe recordarse que en tanto la tarea de los jueces consiste en la adecuación normativa a un caso concreto, ellos pueden ante una inconsistencia entre el *ius* y el *factum*, realizar las adecuaciones necesarias para subsumir uno en el otro⁷⁹. Sin em-

⁷⁸ Hadfield, Guillian; "Levers of Legal Design: Institutional Determinants of the Quality of Law", op. cit. nota 48.

⁷⁹ Este tipo de argumento está implícito en aquellas afirmaciones de los teóricos del Análisis Económico del Derecho comparado en cuanto postulan la

bargo esta amplitud normativa puede llevar a elevar la tasa de errores judiciales. Es aquí donde cobra relevancia el sistema de revisión de sentencias, en tanto funciona como mitigador de aquellos errores que puedan cometerse por tribunales inferiores, suponiendo las decisiones adoptadas por los tribunales de mayor jerarquía poseen mayor rigurosidad analítica e interpretativa.

Ahora bien la aplicación del instituto transplantado no supone en absoluto su adaptación inmediata. Por el contrario, será sólo la aplicación en forma constante y simultánea por varios tribunales, en particular por aquellos de mayor grado, los que determinarán la asimilación completa al sistema institucional vigente.

Efectuando una exposición más sistemática de estos puntos, puede decirse que, para que un sistema jurídico evolucione hacia una nueva regla, son necesarios tres requisitos: 1) debe existir un número suficiente de jueces —operadores adaptativos por excelencia— con altos niveles de recompensa por adoptar la norma que requiere ser adaptada, 2) el costo de argumentar y probar, según la necesidad de aplicación del nuevo instituto, no debe ser demasiado elevado, y 3) la probabilidad de errores judiciales en la aplicación del nuevo instituto no debe ser elevada⁸⁰.

Puesto en términos de la teoría evolutiva de juegos, la adaptación de la norma a un subgrupo de normas dentro de un sistema legal implica adaptar al elemento mutante para que los operadores jurídicos lo adopten de forma tal que generen la transición de una estrategia estable de equilibrio original a una nueva.⁸¹

eficiencia de los sistemas de derecho basado en precedentes.

⁸⁰ Hadfield, Guillian, “The levers of legal Design: Institutional Determinants of the Quality of law”, op. cit nota 48.

⁸¹ Samuelson Larry, “*Evolutionary Games and Equilibrium Selection*”, The MIT Press, Cambridge Massachussets, 1997, pág 17.

V. PROBLEMAS DE RECEPCION DEL CRAMDOWN POWER

En el capítulo III hemos delineado algunos conceptos desde el análisis económico del derecho que nos permitieron concluir que el *cramdown power* resultaría ser un instituto eficiente, en tanto impide la liquidación de aquellas empresas en las que la mayoría de los acreedores valoran su continuación imponiendo el acuerdo a las categorías disidentes.

Sin embargo este instituto ha tenido escasa aplicación en nuestro país,⁸² a la vez que la recepción por parte de la doctrina, ha sido cauta y hasta a veces escéptica. Aquí intentaremos abordar algunos de los motivos que serían causa de ese bajo nivel de recepción utilizando algunos de los conceptos esbozados en el capítulo IV.

a) Diferencias en las tradiciones jurídicas

El *cramdown power* receptado en el art. 52 inc. b) de la L.C.Q posee dos diferencias sustanciales con su par americano. La primera de ellas consiste en la divergencia existente entre el concepto de no discriminación contenido en nuestra legislación *vis a vis* las reglas de *fairness* contenida en la legislación americana.

Si bien esta cuestión ha sido ya abordada por la doctrina argentina, debe ponerse especial hincapié, en la manera en que son elaborados los denominados “test” de equidad en cada uno de los sistemas legales (es decir el norteamericano y el argentino respectivamente). De hecho la primera “tensión” en la recepción del instituto en nuestro sistema legal, surge debido a que el *cramdown* del 1129 b) del U.S. Code admite la discriminación en tanto no sea “*unfair*”. Por su parte el concepto de “*unfairness*” ha sido trabajado, como lo expusimos al tratar el instituto originario, por las cortes americanas,

⁸² A cinco años de las reformas concursales, según resulta de las bases jurídicas más relevantes, no surgen más de entre 7 y 15 fallos en donde se haya hecho aplicación del instituto.

lo que conlleva que los conceptos de fairness desarrollados por los tribunales americanos sean más consistentes con la realidad de la empresa en crisis, en tanto su creación tiene lugar necesariamente a la luz de la propuesta concursal presentada. Ello implica que el juez posee mayor y mejor información para poder calificar la propuesta y decidir si impone o no el acuerdo.

Ya hemos visto como los criterios para considerar una propuesta como equitativa y razonable han ido evolucionando en la jurisprudencia de los Estados Unidos.⁸³ Ahora bien, este test ha podido desarrollarse en la forma que lo hizo porque las cortes de bancarrotas son concebidas conforme la sección 105 del U.S. Code como cortes de equity⁸⁴, lo que les permitiría modificar los criterios de equidad y razonabilidad sobre el criterio de “*fairness*” de una propuesta en base a las pautas de la “moral comercial” vigente.⁸⁵

En nuestra legislación no existe la potestad de homologar una propuesta conforme a equidad. De hecho, el artículo 274 de la L.C.Q. (equivalente a la sec. 105 del U.S. Code) otorga al juez la dirección del proceso siempre en el marco de los preceptos de la ley concursal. De tal modo el control de legalidad que hará un juez americano y uno argentino a la hora de imponer un concurso preventivo, difiere sustancialmente.

⁸³ El criterio formulado por el Juez Lundin en la causa Aztec Co, se vio adaptado por aquel utilizado en la causa Dow Corning Inc.

⁸⁴ La sec 105 (a) del United State Bankruptcy Code establece “The court may issue any order, process or judgment that is necessary or appropriate to carry out the provisions of this title. No provision of this title providing for the raising of an issue by a party in interest shall be construed to preclude the court from, sua sponte, taking any action or making any determination necessary or appropriate to enforce or implement court orders or rules, or to prevent an abuse of process.

⁸⁵ No desconocemos la tensión existente en la doctrina americana respecto de la amplitud en la aplicación de la sección 105 (a), pero destacamos que la doctrina predominante adhiere a la aplicación amplia de los poderes concedidos a las cortes de bancarrotas por el sec. 105 (a). Véase Bogart, Daniel B. , “*Resisting the Expansion of Bankruptcy Court Power under Section 105 of the Bankruptcy Code: The All Writs Act and an Admonition from Chief Justice Marshall*” . Arizona State Law Journal, Vol. 35, p. 793, 2003 Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=922108>

Resulta entonces que, dada nuestra estructura de reglas concursales preexistentes, el costo de recepción del *cramdown power* se ve incrementado sustancialmente por dos factores: a) la modificación de lo que la doctrina iuscomparativista ha dado en llamar el núcleo del derecho, en tanto la legislación de quiebras en argentina posee un fuerte sesgo intervencionista; y b) la imposibilidad de que el principal agente adaptativo de un sistema (las cortes), pueda ejercer su función de modelador de la norma en forma rápida.

Es por demás ilustrativo lo expuesto por nuestra jurisprudencia al intentar despegarse del rígido contenido provisto por la norma cuando al referirse a la aplicación del instituto sostuvo que: *“Ahora bien, no debe olvidarse que la regla general establece que son los acreedores quienes ejerciendo su derecho a voto, y de acuerdo con el sistema de mayorías establecido por el ordenamiento concursal, determinan la suerte del concurso, resultando así que la atribución judicial de imponer el acuerdo es de carácter excepcional. Es así que los requisitos exigidos para su procedencia resultan ser de riguroso cumplimiento y de interpretación restrictiva. La finalidad legal no es alterar el régimen de gestión del concordato por la vía de sustituir la voluntad de los acreedores por la voluntad del juez, sino evitar que mediante el ejercicio abusivo de sus derechos, ciertos acreedores frustren el acuerdo. De lo anterior deviene que es una facultad reconocida al juez, y no una imposición por lo que queda a su criterio de justicia y equidad la aplicación.”*⁸⁶

Creemos que ello es consecuencia de una tradición jurídica basada en normas apriorísticas más generales y de mutación más lenta. Puesto en términos de la moderna tendencia en derecho comparado, el nivel de recepción se ve influido por el alcance que el instituto transplantado tiene respecto de la función constitucional vigente en un momento determinado.⁸⁷ Lo cual explicaría una tensión en la recepción del instituto ocasionada por la aparente oposición *prima*

⁸⁶ Banco de Suquía s/ concurso preventivo JA 2005-IV-92.

⁸⁷ O’Kahn -Freud *“On uses and misuses of comparative law”*, *op cit.* nota 21, pág.12.

facie de un sistema de interpretación normativa empirista pragmática *vis a vis* un sistema basado en la moral suprema del legislador derivada de la teoría kantiana.

b) Reglas vs. Estándares

En la sección anterior referenciamos que los “*fairness and equity test*”, son resultado de un desarrollo jurisprudencial en los Estados Unidos. El que se ha cristalizado en la denominada “*absolute priority rule*”. Además de ésta, existen otros parámetros que permiten conceptualizar al test de *fairness* realizado por los tribunales americanos y que han sido generados por precedentes jurisprudenciales, los cuales evolucionan en forma constante a la luz de las necesidades del derecho comercial.

El legislador del 2002, definió una regla de discriminación sellando así la imposibilidad de apartamiento y adaptación del concepto, esto implica una clara limitación a la posibilidad de que el instituto foráneo se adapte a la estructura socio legal vigente en nuestro país.

Una consideración no menor dentro de este punto es que las reglas generales pueden ser más costosas de adaptar que las normas basadas en un sistema de precedentes. Ello por cuanto mientras las primeras consideran como exógenas las preferencias de quienes harán uso de la norma, en el segundo caso, quienes la utilizan son quienes promueven su cristalización mediante un proceso de mercado, de ahí la importancia que poseen los jueces y los tribunales en interpretar las normas transplantadas para poder tornarlas aplicables a las realidades de la jurisdicción receptora.

Vale la pena destacar la labor que ha venido desarrollando la jurisprudencia en tanto tiende a ampliar las facultades judiciales respecto de la propuesta homologatoria. Un claro ejemplo de ello fue lo resuelto por nuestro máximo tribunal en la causa “Arcángel Magio” en donde dispuso que: “*La legislación vigente abraza un enfoque desregulado del concordato preventivo, donde la solución es librada a la*

*decisión de acreedores y deudor con exclusión de la injerencia judicial, sin que, por otra parte, pueda calificarse de abusiva una propuesta que implica para el deudor pagar en el límite máximo de lo que pueda*⁸⁸.

Sin lugar a dudas este tipo de resultados jurisprudenciales relajan la rigurosidad de la norma legal permitiendo que el instituto se amolde a nuestro sistema legal mediante su aplicación por parte de los jueces.

c) El fin del instituto

Aquí encontramos *lo* que a nuestro parecer es una de las causas fundamentales que explica la baja aplicación de las facultades super homologatorias del juez. La finalidad con la que cada instituto es concebido resulta ser diferente.

El derecho concursal ha evolucionado en los últimos años y ha visto modificada el entramado de relaciones tradicionales de acreedor/deudor. En la visión clásica era el último quien formulaba una propuesta. Así la crisis Argentina de 2001/2002, generó que hasta las compañías más rentables debieran afrontar procesos de reestructuración de deudas, resultando para los acreedores buenas oportunidades de negocios para adquirirlas.

No debe perderse de vista que fue en este contexto que se receptó el *cramdown power* en la modalidad más cercana a su “primo americano”. Ahora bien, hay que tener que cuenta que son los acreedores los que hoy imponen al deudor la celebración de acuerdos concursales que les permita convertirse en “dueños”, accionistas o *stakeholders* de la empresa deudora, desplazando —si se quiere en forma forzada— a los accionistas originarios para tornarse los otrora acreedores, ahora sí, en accionistas a palos⁸⁹. En el sistema sajón el

⁸⁸ CSJN, 15.03.07, in re “Arcangel Maggio s/ Impugnación al Acuerdo Preventivo”, disponible en http://www.csjn.gov.ar/documentos/cfal3/toc_fallos.jsp

⁸⁹ Lorente, Javier, “El clásico conflicto concursal entre acreedores y deudor y su expresión más actual: acreedores vs. accionistas del deudor”, ponencia presentada en el congreso de Derecho Concursal Iberoamericano, Mérida, España, 2006. Inédito.

cramdown power ha sido utilizado en varias oportunidades para imponer el acuerdo ante la presencia de accionistas disidentes ya que los mismos están expresamente previstos en la normativa americana.

Por su parte la existencia de accionistas como categoría se vuelve especialmente relevante ante la apertura del procedimiento de adquisición de la empresa en marcha (prevista en el artículo 48 de la L.C.Q.), en donde tienen la posibilidad de retener el control de la empresa en el marco de una adquisición por terceros. Así las cosas la imposición del acuerdo a acreedores disidentes, se convierte en un mecanismo para intentar que las empresas no sean liquidadas en forma anticipada ni sean retenidas por aquellos que las valúan en forma sub-óptima.

Visto desde este punto de vista, el *cramdown power* no resulta como podría entenderlo un abogado formado en la doctrina local, un instrumento más que posee el juez para asegurar el principio rector concursal como es la continuación de la empresa. Todo lo contrario, es uno de los mecanismos que permiten destrabar un proceso de bloqueo en el marco de un proceso de adquisición hostil dentro del desarrollo de un concurso preventivo⁹⁰.

En nuestra legislación el mecanismo es sustancialmente diferente, ya que los accionistas no constituyen una clase en sí, a la vez que no resulta claro como deben articularse el artículo 48 y 52 de la L.C.Q.

Así una forma de entender la escasa receptividad del transplante resulta de considerar todos estos fenómenos que han generado una resistencia a la aplicación del instituto como consecuencia de la existencia de problemas de información asimétrica respecto de los operadores jurídicos del sistema receptor del instituto transplantado. En tal sentido se ha dicho que “*quien produce un nuevo instituto jurídico toma un riesgo sustancial al intentar convertir el mercado del sistema existente, particularmente cuando los costos de cambio son altos. Una*

⁹⁰ Lorente, Javier, op. cit., nota 88.

opción más atractiva resultaría ser proponer un producto compatible con el sistema legal existente".⁹¹ Este punto se ve acrecentado al entender que el instituto ha sido concebido con finalidades diferentes en cada uno de los sistemas lo cual determinó la imposibilidad de un trasplante eficaz.

Es posible concluir entonces que una mala valoración de los costos de trasplante por parte del legislador, sumado a problemas de información sobre la forma de aplicación del instituto, arroje por resultado un fracaso preliminar en la aplicación del *cramdown power* a nivel local.

CONCLUSIÓN PRELIMINAR

Los trasplantes legales son un fenómeno concreto en el derecho moderno y más aún en el derecho comercial, que históricamente ha tenido una fuerte impronta transnacional. Sin embargo, poco se ha dicho sobre las causas de los mismos, así como del proceso dinámico que implican.

A lo largo de estas páginas hemos pretendido exponer las razones por las cuales en el marco de un proceso de traspaso institucional la eficiencia de un instituto no es determinante del nivel de recepción del mismo.

Ese parece ser el caso en el supuesto del *cramdown power* receptado en nuestra legislación. Si bien la eficiencia resulta corroborada en algún sentido en tanto el instituto pareciera mitigar los efectos de abuso de clases en los procesos de reorganización; el nivel de recepción del instituto ha sido escaso en nuestro país.

Los elementos esenciales que ocasionan el distinto grado de mutabilidad y que generan retardos en el proceso de adaptación de la norma vienen dados, a nuestro entender, por la existencia de tradi-

⁹¹ Ogus, Anthony "The economic basis of legal culture: network and monopolization", op cit. nota 32.

ciones jurídicas diferentes, la existencia de una teleología completamente diferente en ambos sistemas jurídicos respecto del instituto en cuestión, y la distinta estructura normativa que posee el instituto en la jurisdicción originaria vis a vis la jurisdicción receptora. El ejemplo más claro de este supuesto es el concepto de discriminación. Otro punto que se ha encargado de reducir la receptividad del trasplante es cierto defecto en la técnica legislativa que ha vuelto “cerrada” la institución, lo cual a primera vista hace más dificultosa una evolución integradora de la jurisprudencia. Sin embargo ello no ha sido óbice para que ésta surja, tal como fue citado en los precedentes jurisprudenciales mencionados.

Creemos también que el factor determinante del nivel de adaptación de una norma a un sistema jurídico está dado por la aquiescencia con la cual los operadores jurídicos, con capacidad de determinar la cultura legal del sistema, recepten el nuevo instituto. Si el trasplante es receptado, esto generará un proceso de aprendizaje individual por parte de los operadores con capacidad adaptativa, para pasar luego a formar parte del aprendizaje social del resto de los individuos.

Por ello concluimos que la eficiencia de un instituto jurídico resulta independiente de nivel de recepción en un sistema jurídico vía proceso de trasplante.

No por ligereza hemos omitido comparar la eficiencia del proceso de trasplante contra la eficiencia del instituto en sí. Pero como apuntáramos oportunamente resulta ser un trabajo que excede nuestro análisis y que debe ser objeto de futuras investigaciones. Otro punto que merece ser profundizado sería agotar la lista de determinantes en relación a la eficacia del trasplante legal puesto que esto podría ayudar a elaborar una teoría general, cuya ausencia genera graves dificultades para los iuscomparativistas a la hora de estudiar la evolución de las instituciones y de las familias jurídicas.

BIBLIOGRAFÍA

- Ayotte, Kenneth - Hayong Yun, “*Matching Bankruptcy Law to Legal environments*”. *Journal of Law, Economics and Organization* Advance Access published online on October 25, 2007.
- Barreiro, Marcelo G - Lorente, Javier A - Truffat, Daniel E, “*La aplicación de la facultad prevista en el artículo 52 inc. b de la ley 24.552*”. LL 2005-D-1057.
- Batricevic, Ana, “*Legal Transplants and the Code of Serbian Tsar Stephan Dushan: A Comparative Study*” December 22, 2006.
- Blazy, Regis - Chopard, Bertrand; “*Ex post efficiency of bankruptcy procedures: A general normative framework*” *International Review of law and Economics* N° 24- Año 2004 pág. 447.
- Bogart, Daniel B; “*Resisting the Expansion of Bankruptcy Court Power under Section 105 of the Bankruptcy Code: The All Writs Act and an Admonition from Chief Justice Marshall*”. *Arizona State Law Journal*, Vol. 35, p. 793, 2003 Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=922108>
- Cámara, Héctor, “*El Concurso Preventivo y la Quiebra*” Ed. actualizada bajo la dirección de Ernesto Martorell, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006
- Cooter, Robert, - Thomas, Ulen, “*Law & Economics*” 5ta ed, 1987 - Pearson.
- Dahan, Frederique - Dine, Janet; “*Transplantation for transition- Discussion on a concept around reform of the law on reorganization. Transplantation for transition - discussion on a concept around russian reform of the law on reorganization*” (2003), *Legal Studies*, 284-310.
- O’Kahn - Freud; “*On uses and misuses of comparative law*”, *The modern law review*, Vol 37, N° 1 (Jan 1974), pág. 1-27
- Dasso, Ariel; “*El proyecto de reformas a la ley de concursos y quiebras. Principales Contenidos y el nuevo cramdown*”, LL 1998-E-984
- Deverux, George - Loeb, M. Edwin; “*Antagonistic Acculturation*”, *American Sociological Review*, Vol. 8, N° 2 (Apr 1943) pág. 133-147

- Dewey, John; “*Logical Method and the Law*”, The Philosophical Review, Vol 33 N° 6, Nov 1924, pág. 564.
- Ewald, William; “*Comparative jurisprudence (II) The logic of legal transplants*”, American Journal of Comparative Law, Vol 43, N° 4, 1995, pág 489-510.
- Garoupa, Nuno M. - Ogus, Anthony I; “*An Strategic Interpretation of Legal Transplants*”, (2003), CEPR Discussion Paper No. 4123. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=480744>
- Gerber, David J; “*Globalization and legal knowledge: Implications for Comparative law*”. Tulane Law Review 75 (2001) 949-975
- Hadfield, Gillian K; “*Levers of Legal Design: Institutional Determinants of the Quality of Law*”, Mayo 2007, USC CLEO Research Paper No. C07-8 Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=988800>
- Hayek, Federich A; “*Derecho, Legislación y Libertad*”, Unión Editorial, Madrid, 2006.
- Jackson, Thomas; “*The logics and limits of Bankruptcy Law*”, Washington, US Beardbooks, 2001.
- Junyent Bas, Francisco - Molina Sandoval, Carlos; “*Ley de Concursos y Quiebras*”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003. Vol 1
- Kanda, Hideki - Milhaupt, Curtis J.; “*Re-examining Legal Transplants: The Director’s Fiduciary Duty in Japanese Corporate Law*” (2003). Columbia Law and Economics Working Paper No. 219.
- Kerkmeester, Heico - Visscher, Louis; “*Learned Hand in Europe: a Study in the Comparative Law and Economics of Negligence*”, German Working Papers in Law and Economics: Vol. 2003: Article 6.
- Kraus, Jody; “*Legal Design and The Evolution of Commercial Norms*”, Journal of Legal Studies Volume 27, issue 2, 1998 pág. 377-411.
- Legrand, Pierre; “*The impossibility of legal transplants*”, 4 Maastricht Journal of European & Comparative Law 111, 1997.
- Leoni, Bruno; “*La Libertad y la Ley*”, Unión Editorial, Madrid 1995.

- Lorente, Javier; “*No existe el Cramdown Power en el régimen legal argentino*”, ponencia del congreso Nacional de Derecho Concursal e Iberoamericano de la Insolvencia, Mar del Plata, Noviembre 2003, Ed. Ad Hoc, T° II 2003, pág 347.
- Markell, Bruce, “*A New Perspective on Unfair Discrimination in Chapter 11*”, American Bankruptcy Law Journal N° 72, Spring 1998, pág 227.
- Martorell, Ernesto “Tratado de concursos y quiebras”, Ed. Lexis Nexis, 2003, Buenos Aires T° II - C - pág. 78/85
- Mattei, Ugo; “*Efficiency in legal transplants. An essay in Comparative Law and Economics.*” *International Review of Law and Economics*, Elsevier, vol. 14(1), Volume 14, Issue 1, March 1994, pág 3-19.
- Miscoscia Jr. Anthony; “*The bankruptcy Code and the New Value Doctrine: An examination into History Illusion and the Need for Competitive Binding*”, Virginia Law Review Vol 79 N° 4, 1993, pág 919.
- Monateri, Pier Giuseppe; “The ‘Weak Law’: Contaminations and Legal Cultures,” 2001, *Global Jurist Advances*: Vol. 1: Iss. 3, Article 5. disponible en <http://www.bepress.com/gj/advances/vol1/iss3/art5>
- Miller, Jonhathan; “*A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and argentine examples to explain the Transplants Process*”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 51, N°. 4 , pág. 839-885.
- Ogus, Anthony; “*Competition Between National Legal Systems: A contribution of Economic Analysis to comparative Law*”, I.C.L.Q, Vol 48 N° 2 Ap. 1999, pág. 408.
- Pistor Katharina, Berkowitz Daniel y Richard, Francois “*Economic development, legality and the transplant effect*” *European Economic Review*, Elsevier, vol. 47(1), February. 2003, pág. 165-195.
- Proulx, Vincent-Joël; “*Borrowing from our Common Law Cousins: American and British Influences on the Merger of Canadian Trademark and Internet Domain Name Laws*”, Arizona Journal of International and Comparative Law, Vol. 22, 2006.
- Rubin, Paul; “*Why is Common Law efficient*”, The Journal of Legal Studies, Vol. 6, Num 51, January 1987 52-36.

- Sacco, Rodolfo; “*Diversity and uniformity in law*”, The American Journal of Comparative law Vol 49, N° 2 , pág 172.
- Samuelson, Larry; “*Evolutionary Games and Equilibrium Selection*”, The MIT Press, Cambridge Massachussets, 1997, pág 17.
- Schauer, Frederick; “*The politics and incentives of legal transplantation*” Center for International Development, Harvard University, Working Paper N° 44, 2000.
- Smits, Jan; “*Import and Export of legal models: The Dutch Experience*”, Translational Journal of Law and Contemporary Problems 13 (2003).
- Tullock, Gordon; “Law and Economics” en “The Selected Works of Gordon Tullock” Vol 9 Ed. Liberty Fund, Indianapolis, 2005.
- Walton, F, P; “*The Historical School of Jurisprudence and Transplantation of Law*”, Journal of Comparative Legislation and International Law”, 3rd Ser., Vol 9, N° 4 1927- pág. 183-192.
- Warneryd, Karl “*Transaction Cost, Institutions, and Evolution*” , Elsevier Journal of Economic Behaviour and Organization, Vol 25 1994 -220 y ss.
- Watson, Alan; “Legal Transplants: An Approach to Comparative law” University of Georgia Press, Athens, 2da Ed 1993.
- Watson, Alan; “*The evolution of Law*”, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1985, pág 18.
- Watson, Alan; “*Legal Change: sources of law and legal culture*”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 131, No. 5 (Apr., 1983), pp. 1121-1157.
- Wohlgemuth, Michael; “*Evolutionary approaches to politics*”, *Kyklos*, Vol. 55 -2002 Fasc 2 223-246.