



Asamblea General

Distr. limitada
30 de agosto de 2010
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
39ª período de sesiones
Viena, 6 a 10 de diciembre de 2010

Régimen de la Insolvencia

Interpretación y aplicación de determinados conceptos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza relacionados con el centro de los principales intereses

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Introducción.	1-4	2
I. Interpretación y aplicación de conceptos relacionados con el centro de los principales intereses	5-50	3
A. Antecedentes	5-7	3
B. Procedimientos que reúnen las condiciones para el reconocimiento conforme a la Ley Modelo: artículo 2	8-38	3
1. Requisito de la insolvencia del deudor	8-12	3
2. Elementos de la definición de “procedimiento extranjero”.	13-38	5
C. Interpretación uniforme y origen internacional – artículo 8	39-42	13
D. Reconocimiento	43-50	14
1. Excepción de orden público – artículo 6	43-50	14

(Continúa en A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1)



Introducción

1. En su 43º período de sesiones, en 2010, la Comisión tuvo a la vista una serie de propuestas relativas a la labor futura sobre el régimen de la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.93 y Add.1 a 6 y A/CN.9/582/Add.6). Esas propuestas se estudiaron en el 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo V (véase A/CN.9/691, párrs. 99 a 107) y se formuló a la Comisión una recomendación sobre posibles temas (A/CN.9/691, párr. 104). En otro documento (A/CN.9/709), que se presentó después de ese período de sesiones del Grupo de Trabajo V, se expuso material adicional a la propuesta de Suiza contenida en el documento A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5.

2. Tras deliberar, la Comisión hizo suya la recomendación del Grupo de Trabajo V de que se emprendieran actividades sobre dos temas relacionados con la insolvencia, que tenían importancia en la actualidad y sobre los que una mayor armonización de las reglamentaciones de los distintos Estados contribuiría a la certeza y la previsibilidad.

3. El tema de la presente nota es el primero de esos dos temas¹, relativo a una propuesta de los Estados Unidos, descrita en A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1, párr. 8, consistente en dar orientación a los Estados sobre la interpretación y aplicación de determinados conceptos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (la Ley Modelo) relacionados con el centro de los intereses principales y posiblemente elaborar una ley modelo o disposiciones modelo sobre el régimen de la insolvencia en que se regularan determinadas cuestiones internacionales, como la jurisdicción, el acceso a los tribunales extranjeros y el reconocimiento, de un modo que no impidiera preparar una convención².

4. Como cuestión preliminar, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar, o por lo menos tener presente, la necesidad de resolver la forma de presentar la primera parte de la propuesta, es decir, las orientaciones sobre las cuestiones relacionadas con el centro de los principales intereses. En la propuesta (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, párrs. 68 a 70) se sugiere que, al examinar las cuestiones que se plantean a continuación, el Grupo de Trabajo enuncie los fundamentos normativos para cualquier conclusión a la que pudiera llegar y que pudiera formar la base de las orientaciones sobre la interpretación de la Ley Modelo. Explicar esos fundamentos también podría proporcionar una “historia legislativa” que podría ser de utilidad para el jurista o el experto en insolvencia ayudándolos a comprender el alcance y el significado de diversas disposiciones de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo tal vez podría considerar la forma de lograrlo. Se podrían preparar diversos tipos de documento, según el grado de orientación que el Grupo de Trabajo desee dar, como información y observaciones, por una parte, o recomendaciones, por la otra. Un documento de información que acompañara el texto existente de la Ley Modelo y la Guía para su incorporación al derecho interno (Guía para la incorporación de la

¹ El segundo tema, relacionado con la responsabilidad de los directores y ejecutivos de una empresa en casos de insolvencia y preinsolvencia, se aborda en el documento A/CN.9/WG.V/WP.96.

² Véase la propuesta conexa de la Unión Internacional de Abogados, respecto de la posible preparación de una convención, mencionada en A/CN.9/686, párrs. 127-130.

Ley Modelo) podría ser una solución, y otra podría consistir en agregar o revisar la Guía propiamente dicha.

I. Interpretación y aplicación de conceptos relacionados con el centro de los principales intereses

A. Antecedentes

5. La Ley Modelo ha sido adoptada por unas 19 jurisdicciones y en la serie sobre la jurisprudencia de los tribunales sobre textos de la CNUDMI se ha informado de varios casos en que se han interpretado diversas cuestiones planteadas en el marco de la Ley Modelo³.

6. En la propuesta de los Estados Unidos se indica que en la mayoría de los procedimientos de reconocimiento entablados en virtud de las leyes por las que se incorpora la Ley Modelo al derecho interno no se ha impugnado la ubicación del centro de los principales intereses del deudor, que, conforme a la presunción en el artículo 16, es el domicilio social del deudor⁴. Sin embargo, en la propuesta también se indica que en varias decisiones se han planteado cuestiones que deben examinarse y aclararse. Entre estas cuestiones cabe mencionar: lo que se necesita para cumplir los diversos elementos de las definiciones que figuran en el artículo 2 de la Ley Modelo, en particular “procedimientos extranjeros” en el inciso a); el límite de los argumentos admisibles para rebatir la presunción basada en el lugar del domicilio social (o constitución legal en ciertos ordenamientos), en el párrafo 3 del artículo 16; si se puede impugnar una decisión adoptada por un Estado que acepta la jurisdicción para abrir un procedimiento de insolvencia u otra decisión similar; y qué criterios pueden emplearse para contestar a estas preguntas. En la propuesta se sugiere que la armonización de esos criterios puede constituir un importante factor para aumentar la previsibilidad en este importante ámbito del derecho, puesto que es probable que las ideas del órgano colegiado que negoció inicialmente la Ley Modelo resulten convincentes en muchos ordenamientos.

7. En la presente nota se examinan las decisiones de los tribunales relativas a la interpretación y aplicación de los diversos componentes de las definiciones contenidas en el artículo 2 de la Ley Modelo a fin de comprender mejor el impacto de las cuestiones planteadas, así como las esferas en que se ha planteado incertidumbre.

B. Procedimientos que reúnen las condiciones para el reconocimiento conforme a la Ley Modelo: Artículo 2

1. Requisito de la insolvencia del deudor

8. Como cuestión preliminar, cabe señalar que en la Ley Modelo no se define “insolvencia” ni “procedimiento de insolvencia”. Aunque el Grupo de Trabajo consideró la posibilidad de incluir una definición de esas expresiones en la Ley

³ Jurisprudencia de los tribunales sobre textos de la CNUDMI, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/72, 73, 76 y 92, que pueden consultarse en línea en www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html.

⁴ A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, párr.7.

Modelo, llegó a la conclusión de que no era necesario. En vez de ello, como el objetivo principal de la Ley Modelo es el reconocimiento del procedimiento extranjero, en general el Grupo de Trabajo convino en que la labor debía centrarse en determinar las características que debe tener un procedimiento de insolvencia extranjero para ser reconocido⁵.

9. Dejando de lado la falta de una definición, el examen de los documentos preparatorios⁶ parece indicar que, si bien se reconoció ampliamente que distintos ordenamientos pueden tener ideas distintas sobre lo que abarca la expresión “procedimiento de insolvencia”, en general se entendía que los procedimientos de ese tipo incluían alguna forma de apuros financieros o un deudor insolvente. Esto se refleja en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno. En el párrafo 51, se indica que la palabra “insolvencia”, tal como se utiliza en el título de la Ley Modelo, se refiere a los diversos tipos de procedimientos colectivos contra deudores insolventes. En el párrafo 71 se señala que “procedimiento de insolvencia” puede tener en algunos ordenamientos un significado técnico distinto del que se le da en el inciso a) del artículo 2, donde se utiliza para referirse en sentido lato a las empresas que se encuentran en graves apuros financieros.

10. El Grupo de Trabajo recordará que la definición de “insolvencia” en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (la Guía Legislativa) es el estado de un deudor que no puede atender al pago general de sus deudas a su vencimiento, o el estado financiero de una empresa cuyo pasivo excede del valor de su activo⁷. El Grupo de Trabajo recordará asimismo que en la Guía Legislativa se determinan los principales objetivos de un régimen de la insolvencia eficaz (primera parte, cap. I, párrs. 1 a 14 y recomendaciones 1 a 6), así como las características generales de un régimen de la insolvencia (primera parte, cap. I, párrs. 20 a 27 y recomendación 7). Con respecto a la iniciación de un procedimiento de insolvencia, en las recomendaciones 15 y 16 de la Guía Legislativa se contempla la insolvencia o la insolvencia inminente, según se define a continuación.

11. En la Ley Modelo se reconoce que, para ciertos propósitos, se pueden iniciar procedimientos de insolvencia caso de darse determinadas circunstancias prescritas por la ley que no significan necesariamente que el deudor sea insolvente. En el párrafo 195 de la Guía se indica que en los casos en que la insolvencia sea una condición para iniciar un procedimiento de insolvencia, el artículo 31 establece, al reconocerse un procedimiento extranjero principal, una presunción juris tantum de insolvencia del deudor para los fines de iniciar un procedimiento de insolvencia local. En el párrafo 194 se señala que entre estas circunstancias puede darse la suspensión de pagos del deudor o ciertos actos del deudor, como una decisión que concierna a la empresa, la dispersión de sus bienes o el abandono de su establecimiento.

⁵ Véase A/CN.9/422, párr. 47.

⁶ A/CN.9/WG.V/WP.44, 46 y 48 y A/CN.9/422, 433 y 435, que pueden consultarse en línea en http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/5Insolvency.html.

⁷ Guía Legislativa, glosario, párr. s).

12. En un caso que incluye el reconocimiento de procedimientos extranjeros conforme a la legislación por la que se incorpora la Ley Modelo se ha planteado una cuestión respecto de la insolvencia del deudor. En *Betcorp*⁸ el procedimiento que se pretendía que se reconociera en los Estados Unidos era un procedimiento de liquidación voluntaria por parte de los miembros, iniciado conforme a la legislación australiana, en que el deudor no era insolvente⁹. El tribunal que entendía del caso *Betcorp* señaló que la parte pertinente de la legislación australiana¹⁰ incluía diversos procedimientos distintos utilizados para poner fin a la existencia de una sociedad; que no todos esos procedimientos requerían la supervisión de un tribunal; y que la legislación abordaba la liquidación de una empresa basándose en su insolvencia, así como en motivos de liquidación que no fueran la insolvencia. A juicio del tribunal, el elemento de la definición en el inciso a) del artículo 2 “con arreglo a una ley relativa a la insolvencia”, no requería que la empresa fuera insolvente ni contemplaba la utilización de ninguna disposición de la legislación australiana para ajustar sus deudas¹¹.

2. Elementos de la definición de “procedimiento extranjero”

13. Para que se reconozca un procedimiento extranjero conforme a lo dispuesto en la Ley Modelo, debe entrar en la definición que se da en el inciso a) del artículo 2, que contiene diversos elementos. El procedimiento debería ser (se han agregado las cursivas):

- i) Un procedimiento *colectivo*, ya sea judicial o administrativo incluido el de índole provisional,
- ii) Con arreglo a una *ley relativa a la insolvencia*,
- iii) En virtud del cual los bienes y negocios del deudor *queden sujetos al control o a la supervisión del tribunal extranjero*,
- iv) *A los efectos de su reorganización o liquidación*.

14. En el párrafo 1 del artículo 16 se crea una presunción con respecto a las definiciones de “procedimiento extranjero” y “representante extranjero” que figuran en el artículo 2. Si en la resolución por la que se declara abierto el procedimiento

⁸ A lo largo de toda esta nota se hace referencias abreviadas a los casos. En el Anexo figuran referencias completas a esos casos.

⁹ En 1998, cuando se constituyó Betcorp solo funcionaba en Australia, pero más adelante amplió sus operaciones de modo que incluían la prestación de servicios de apuestas en línea en los Estados Unidos. Esta parte fundamental de su negocio terminó al promulgarse la Ley de Prohibición de las Apuestas Ilícitas en Internet (2006), que prohibía las apuestas en línea en los Estados Unidos. La empresa interrumpió sus operaciones en los Estados Unidos y poco después cesó todas sus operaciones. En una reunión celebrada en septiembre de 2007, los accionistas votaron mayoritariamente que la empresa se liquidara voluntariamente. Según las pruebas presentadas, la empresa era solvente.

¹⁰ Ley de Sociedades de Australia, 2001, aunque el Capítulo 5 de la Ley se refiere a la administración externa, los procedimientos de que se trata en el caso *Betcorp* se iniciaron con arreglo a la parte 5.5, que se refiere a la liquidación voluntaria en virtud de una resolución de una empresa, en cuyo caso se exige que la empresa sea solvente.

¹¹ *Betcorp*, pág. 282, véase el párr. 28 *infra*. Conviene señalar que la definición de un procedimiento extranjero en el Capítulo 15 del Código de la Quiebra de los Estados Unidos (por el que se incorpora la Ley Modelo en los Estados Unidos) incluye, además de las palabras “una ley relacionada con la insolvencia”, las palabras “o el ajuste de la deuda”.

extranjero y se nombra al representante extranjero se indica que el procedimiento extranjero es un procedimiento en el sentido del inciso a) del artículo 2 y que el representante extranjero es una persona o un órgano en el sentido del inciso d) del artículo 2, el tribunal podrá presumir que ello es así.

15. Los tribunales se han basado en esa presunción en diversos casos. En *Ernst & Young* se reconoció en los Estados Unidos como procedimiento extranjero en virtud del capítulo 15 una orden de un tribunal canadiense por la que se nombraba un administrador judicial. Aunque se cuestionó el carácter de la administración judicial canadiense, el tribunal estadounidense no consideró esa cuestión, sino que se basó en el contenido de la orden canadiense por la que se había nombrado al administrador¹².

16. En el caso *Innua Canada* el tribunal estadounidense también reconoció una declaración de administración judicial canadiense en el sentido de que equivalía a un procedimiento extranjero. El reconocimiento se basó en que el tribunal canadiense que había nombrado al administrador judicial había declarado en su orden que este era el representante extranjero de un procedimiento extranjero y le había autorizado específicamente a tratar de obtener reconocimiento en los Estados Unidos en virtud del Capítulo 15. En consecuencia, el tribunal estadounidense opinó que podía aplicar la presunción contenida en el párrafo 1 del artículo 16 de la Ley Modelo¹³.

17. Los casos en que se considera el artículo 2 a veces plantean cuestiones relacionadas únicamente con uno o dos de los elementos requeridos. En la presente nota se discute cada uno de los elementos por separado, aunque cabe señalar, como indicó el tribunal de apelaciones inglés en *Stanford International Bank* que, aunque es preciso considerar cada uno de los factores mencionados, la definición debe leerse en su totalidad¹⁴.

a) Procedimiento colectivo

18. En la Guía se indica el requisito de que los acreedores deben estar colectivamente representados en el procedimiento extranjero¹⁵ y no que el procedimiento tenga por objeto ayudar a un determinado acreedor a obtener pago. También se indica que son reconocibles diversos tipos de reconocimientos colectivos: obligatorios o voluntarios; relativos a personas jurídicas o a personas naturales; de liquidación o de reorganización. También lo serían los procedimientos en que el deudor conserva cierto control sobre sus bienes, aun cuando haya de actuar bajo la supervisión del tribunal (suspensión de pagos; “deudor en posesión”)¹⁶. Cuando el asunto se estudió en el Grupo de Trabajo, se observó “el carácter colectivo de la representación del grupo de acreedores”¹⁷. El Grupo de Trabajo recordará que la Guía Legislativa establece varios de los principales objetivos de un régimen de la insolvencia efectivo y eficaz, varios de los cuales se refieren al carácter colectivo de los procedimientos de insolvencia¹⁸. El carácter

¹² *Ernst & Young*, página 776.

¹³ *Re Innua Canada Ltd*, citado en *Stanford International Bank*, párr. 80.

¹⁴ *Stanford International Bank* (apelación), párr. 23.

¹⁵ Guía, párr. 23.

¹⁶ *Id.*, párr. 24.

¹⁷ A/CN.9/422, párr. 48.

¹⁸ Guía Legislativa, primera parte, párrs. 3 a 13.

colectivo de distintos tipos de procedimientos se ha planteado en varios casos en relación con solicitudes de procedimientos extranjeros en virtud de la legislación por la que se incorpora la Ley Modelo en distintos Estados.

19. En *Betcorp* se reconoció en los Estados Unidos un procedimiento administrativo iniciado conforme a la legislación australiana partiendo de la base de que el procedimiento satisfacía el requisito de un procedimiento “colectivo” previsto en la Ley Modelo, porque se tenían en cuenta los derechos y las obligaciones de todos los acreedores y se liquidaban los bienes de la masa para beneficio de todos los acreedores. El tribunal estadounidense estimó que esa conclusión contrastaba, por ejemplo, con un recurso de administración judicial instigado a solicitud de un único acreedor garantizado y para beneficio de este¹⁹.

20. En *Stanford International Bank*, respecto de una solicitud de reconocimiento conforme a la legislación por la que se incorpora la Ley Modelo en Inglaterra, el tribunal inglés sostuvo que una orden de administración judicial dictada por un tribunal de los Estados Unidos no era un procedimiento colectivo en virtud del régimen de la insolvencia. El fundamento de esa decisión residía en que la orden se había dictado después de una intervención de la Comisión de Valores y Bolsa de los Estados Unidos (Securities and Exchange Commission, (SEC)) para evitar “un fraude masivo continuo”²⁰. El tribunal estimó que el propósito de la orden no era reorganizar al deudor o liquidar la masa para beneficio de todos los acreedores, sino evitar que se perjudicara a los inversionistas. Esa opinión se sostuvo en apelación, fundamentalmente por las razones dadas en el tribunal inglés.

21. En *Gold & Honey* el tribunal estadounidense denegó el reconocimiento de un procedimiento de puesta bajo administración judicial israelí, por considerar que no se trataba de un procedimiento de insolvencia o colectivo ya que no exigía que los administradores judiciales tuvieran en cuenta los derechos y las obligaciones de todos los acreedores. Según el tribunal, la puesta bajo administración judicial tenía más en común con una medida de recuperación por parte de un acreedor individual que con una reorganización o liquidación por parte de un administrador independiente, que son medidas que toma un deudor para pagar a todos los acreedores bajo supervisión de un tribunal a fin de asegurar la imparcialidad²¹.

22. En *British American Insurance*, el tribunal estuvo de acuerdo con las conclusiones de los casos *Betcorp* y *Gold & Honey* sobre el significado de “procedimiento colectivo”. El tribunal agregó que la palabra “colectivo” incluye el examen y posible régimen de admisión de los créditos de diversos tipos de acreedores, así como la posibilidad de que los acreedores participen en la actuación extranjera. La notificación a los acreedores, incluidos los acreedores generales no garantizados, puede cumplir una función en este análisis. Al decidir si una determinada actuación extranjera era colectiva, tal como se requería, era apropiado considerar la ley que rige la actuación extranjera y los parámetros del procedimiento concreto según se definen, por ejemplo, en las órdenes del tribunal extranjero que supervisa la actuación²².

¹⁹ *Betcorp* pág. 281.

²⁰ *Stanford International Bank*, párr. 73.

²¹ *Gold & Honey*, pág. 370.

²² *British American Insurance*, pág. 902.

23. En *Rubin c. Eurofinance*, a juicio del tribunal de apelaciones, no se discutía que el procedimiento fuera colectivo, sino que se trataba de un procedimiento colectivo porque su objeto era “reunir y distribuir los bienes del deudor”²³. El tribunal se refirió a otro caso en que se había observado que la insolvencia, ya se tratara de personas físicas o jurídicas, era un procedimiento colectivo para ejercer derechos y no para establecerlos²⁴. El tribunal de apelaciones consideró que el procedimiento de quiebra incluía diversos mecanismos [en este caso referentes al régimen ejecutorio colectivo de los procedimientos de insolvencia] que permitían que el representante de la insolvencia entablara acciones contra terceros para beneficio colectivo de todos los acreedores. Esos mecanismos son parte integral y esencial del carácter colectivo de la quiebra y no simples asuntos de procedimiento de índole secundaria²⁵.

b) Con arreglo a una ley relativa a la insolvencia

24. Los documentos preparatorios indican que esta formulación se utilizó para hacer referencia al hecho de que la liquidación y la reorganización pueden realizarse en virtud de una legislación que, estrictamente hablando, no sea una ley relativa a la insolvencia (por ejemplo, derecho de sociedades)²⁶. El Grupo de Trabajo aprobó estas palabras por considerar que “eran suficientemente amplias como para abarcar las normas de insolvencia independientemente del tipo de ley en las que estuvieran incluidas”²⁷.

25. La cuestión de lo que constituye “una ley relativa a la insolvencia” ha sido examinada por diversos tribunales, en particular para determinar si un procedimiento de puesta bajo administración judicial es un procedimiento extranjero que reuniría las condiciones para ser reconocido.

26. En *Stanford International Bank*, el tribunal inglés consideró que el procedimiento estadounidense iniciado por la SEC no era un procedimiento extranjero ya que, entre otras cosas, no se basaba en una ley relativa a la insolvencia²⁸. El tribunal consideró que la causa de la acción que había motivado el mandato de puesta bajo administración judicial no tenía nada que ver con la insolvencia y en la demanda de la SEC no se había mencionado la insolvencia²⁹. A continuación, dijo que el hecho de que algunas puestas bajo administración judicial pudieran clasificarse a ciertos efectos como “procedimientos de insolvencia” o tratarse como alternativas aceptables a la insolvencia no significaba que la puesta bajo administración judicial cumpliera los requisitos de un procedimiento extranjero previstos en la Ley Modelo³⁰. En opinión del tribunal, el common law general o los principios equitativos que se refieren al nombramiento de un administrador judicial y a la realización de una puesta bajo administración judicial, no eran una ley relativa a la insolvencia ya que se aplicaban a muchas

²³ *Rubin c. Eurofinance* (apelación), párr. 41.

²⁴ *Cambridge Gas Transportation Corporation c. Official Committee of Unsecured Creditors of Navigator Holdings Plc* [2006] UKPC 26, [2007] 1 A.C. 508, Lord Hoffman, párr. 15.

²⁵ *Rubin v Eurofinance* (apelación), párr. 61.

²⁶ A/CN.9/WG.V/WP.44, notas al artículo 2 c), párr. 2.

²⁷ A/CN.9/422, párr. 49.

²⁸ *Stanford International Bank*, párr. 84.

²⁹ Id., párr. 84 iii).

³⁰ Id., párr. 84 viii).

situaciones diferentes, muchas de las cuales no tenían nada que ver con la insolvencia³¹.

27. Al llegar a la apelación, el presidente del tribunal examinó de nuevo el carácter de una “ley relativa a la insolvencia”, y llegó a la conclusión de que no tenía por qué ser estatutario (es decir, podía incluir el common law) ni tampoco tenía por qué ser una ley relativa exclusivamente a la insolvencia. Según el tribunal, el primer paso consistía en “determinar la legislación bajo la cual o de conformidad con la cual se había incoado el procedimiento en concreto y a continuación considerar si esa legislación se refería a la insolvencia y si cabía considerar que se daban los demás factores a que se refería la definición [del artículo 2] gracias a la aplicación de esa ley”³².

28. El presidente del tribunal estuvo en buena parte de acuerdo con el razonamiento del tribunal inferior y agregó que el hecho de que posteriormente un tribunal ordenara un proceso que podría ser reconocido como un procedimiento de insolvencia era irrelevante, a menos que así lo hiciera y hasta ese momento. Los principios del common law o de la equidad no “guardaban relación con la insolvencia” a menos que se activaran para ello y hasta que así se hiciera³³.

29. En *Betcorp*, el tribunal estadounidense observó que ese elemento de la definición no requería que la empresa fuera insolvente o que estuviera contemplando utilizar alguna de las disposiciones de la legislación australiana para enjugar sus deudas. Al concluir que el procedimiento australiano cumplía esa parte de la definición, el magistrado se basó en el carácter exhaustivo de la ley de sociedades australiana (en virtud de la cual se iniciaba la liquidación voluntaria) y en una declaración explicativa del Gobierno de Australia según la cual sus leyes de sociedades cumplían las disposiciones de la Ley Modelo. Con respecto al primer punto, el tribunal observó que en la legislación pertinente se abordaba todo el ciclo de vida de una empresa australiana y que el Capítulo 5, que contenía disposiciones sobre la liquidación voluntaria, se refería a la insolvencia de las sociedades. Con respecto al segundo punto, el tribunal se refirió al memorando explicativo que acompañaba la legislación por la que se incorporaba la Ley Modelo al derecho interno de Australia y señaló que los memorandos de ese tipo podían ser utilizados por los tribunales australianos para interpretar las leyes promulgadas por el Parlamento. En ese memorando se hacía referencia a las partes del Capítulo 5 de la Ley de Sociedades a las que se aplicaría la Ley Modelo, así como a algunas partes que quedarían excluidas de la aplicación de la Ley; como la parte concreta relativa a la liquidación voluntaria no se había excluido, el tribunal concluyó que la liquidación entraría en el ámbito de aplicación de la Ley Modelo³⁴.

³¹ Id., párr. 84 ix)

³² *Stanford International Bank* (apelación), párr. 24.

³³ Id., párr. 26.

³⁴ *Betcorp*, págs. 281 y 282. En el memorando explicativo también se citaba la última oración del párrafo 71 de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo, que hace referencia a las “empresas en graves apuros financieros” (cap. 2, párr. 12 del memorando explicativo) – Véase el párr. 9, *supra*. El memorando explicativo puede consultarse en [http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/Bills1.nsf/0/0C4BA8C26A7BE888CA2573EF00117EAC/\\$file/13020811.pdf](http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/Bills1.nsf/0/0C4BA8C26A7BE888CA2573EF00117EAC/$file/13020811.pdf). En un documento de debate publicado para examinar la adopción de la Ley Modelo en Australia se adoptó una opinión diferente y se señaló que “en la Ley de Sociedades de Australia, [...] el alcance de la Ley Modelo se aplicaría a las liquidaciones resultantes de la

c) Control o supervisión de los bienes y negocios del deudor por un tribunal extranjero

30. Aparte de indicar que un procedimiento extranjero incluiría procedimientos en los que el deudor conservaría un cierto grado de control sobre sus bienes, aun cuando hubiera de actuar bajo la supervisión de un tribunal³⁵, en la Guía para la incorporación al derecho interno no se define el grado de control o supervisión necesario para cumplir la definición ni el momento en que se procederá a esa supervisión o control. En los documentos preparatorios se indica que esta formulación se adoptó para aclarar el carácter formal del requisito de control o supervisión y dejar bien claro que “los arreglos financieros privados que celebrasen las partes al margen de todo procedimiento judicial o administrativo podrían ser muy diversos”³⁶ por lo que no se prestaban a ser objeto de una norma general sobre el reconocimiento. En varios casos se han considerado algunos aspectos de este requisito.

31. En *Gold & Honey*, el tribunal estimó que tanto los bienes como los negocios debían estar bajo control o supervisión de los tribunales. A juicio del tribunal, los administradores judiciales habían demostrado que todos los bienes del deudor en Israel estaban bajo control del tribunal israelí que entendía del procedimiento de puesta bajo administración judicial, pero que no había prueba de que los administradores judiciales hubieran sido autorizados a ocuparse de los negocios del deudor. Además, en un argumento verbal, el prestamista (que había solicitado que se nombrara al administrador judicial) admitió que los administradores judiciales no tenían autoridad sobre los negocios de una de las entidades deudoras³⁷.

32. En *Betcorp*, el tribunal estadounidense estimó que el requisito de supervisión o control de un tribunal extranjero se cumplía gracias a la supervisión administrativa o judicial de los liquidadores encargados de administrar el procedimiento colectivo en nombre de todos los acreedores. La autoridad encargada de la supervisión general de los liquidadores en el desempeño de sus funciones podía exigirles que obtuvieran autorización antes de proceder a realizar ciertas acciones, y estaba facultada para revocar o suspender la competencia de toda persona para ser liquidador. Partiendo de esta base, se consideró que se trataba “una autoridad competente para controlar o supervisar un procedimiento extranjero a los efectos de la definición de “procedimiento extranjero””³⁸. Se hizo referencia al caso *Tradex Swiss*, en el que se consideró que la Comisión Federal de Banca de Suiza era un tribunal extranjero conforme al Capítulo 15, porque controlaba y supervisaba la liquidación de corredores de bolsa, como el deudor. En cambio, el tribunal que entendió del caso *Betcorp* sostuvo que los procedimientos de liquidación también

insolvencia, reconstrucciones y reorganizaciones previstas en la parte 5.1 y las administraciones voluntarias previstas en la parte 5.3A. No se aplicaría a las puestas bajo administración judicial que incluyeran el nombramiento privado de un contralor. Tampoco se aplicaría a liquidación voluntaria por parte de un miembro o a la liquidación por un tribunal por motivos justos y equitativos, ya que esos procedimientos pueden no guardar relación con la insolvencia”. CLERP 8 (2002), pág. 23, que puede consultarse en <http://www.treasury.gov.au/documents/448/PDF/CLERP8.pdf>.

³⁵ Guía a la incorporación de la Ley Modelo, párr. 24.

³⁶ A/CN.9/419, párr. 29.

³⁷ *Gold & Honey*, párr. 371.

³⁸ *Betcorp*, párr. 284.

debían ser objeto de supervisión por los tribunales, ya que el liquidador o todo acreedor podía recurrir al tribunal para obtener una determinación respecto de toda cuestión que se planteara en la liquidación y el tribunal podía adoptar toda medida que considerara oportuna con respecto a la actuación de un liquidador. El requisito de control o supervisión por un tribunal extranjero también podía cumplirse de este modo³⁹.

33. En *Multicanal*, caso no decidido conforme a las disposiciones de la Ley Modelo, pero que incluía el reconocimiento de un procedimiento argentino en los Estados Unidos, el tribunal consideró la participación del tribunal en un acuerdo de reestructuración de la deuda. El argumento básico fue que la supervisión del procedimiento por el tribunal no era suficiente a los efectos del reconocimiento porque solo se planteaba una vez terminada la votación y solo se le autorizaba a considerar unos pocos aspectos de los procedimientos, por ejemplo, si la declaración del activo y el pasivo del deudor era suficiente y si en el proceso de votación se habían obtenido las mayorías obligatorias. Tras analizar a fondo el proceso argentino, el tribunal llegó a la conclusión de que tenía muchas similitudes con un procedimiento estadounidense análogo, inclusive en lo relativo a la supervisión judicial, y era el tipo de procedimiento que podía reconocerse conforme a la legislación estadounidense⁴⁰.

34. Otra cuestión que plantea esta parte de la definición, al igual que la definición de “representante extranjero”, es si la entidad concreta administrada por un representante extranjero es un “deudor” a los efectos de la legislación interna que aplicará el tribunal receptor, ya que en la Ley Modelo no se define esta expresión.

35. Una cuestión de ese tipo se planteó en *Rubin c. Eurofinance*. En ese caso los administradores judiciales y los gerentes habían sido nombrados por un tribunal de los Estados Unidos en lugar de un deudor calificado de “fondo de consumidores”. Un fondo descrito de ese modo fue reconocido como entidad legal, como “fondo comercial”, según la legislación estadounidense. Al presentarse una solicitud de reconocimiento ante un tribunal inglés, se dijo que como la legislación inglesa no reconocía un fondo de ese tipo como entidad legal, no se trataba de un “deudor” a los efectos del reconocimiento en virtud de la legislación por la que se incorporaba la Ley Modelo. El magistrado rechazó esa presentación por considerar que, teniendo presentes los orígenes internacionales de la Ley Modelo, una “interpretación privada” del término “deudor” sería “ilógica”⁴¹.

d) A los efectos de la liquidación o reorganización

36. Los casos en que se ha considerado esta cuestión son casos en que se nombra a administradores judiciales, en que se trata del propósito del procedimiento extranjero y de determinar si las facultades otorgadas al administrador judicial son compatibles con la realización de la liquidación o reorganización.

37. En *Stanford International Bank*, el tribunal inferior estimó que al determinar si la puesta bajo administración judicial en los Estados Unidos era un procedimiento extranjero en el marco de los requisitos del artículo 2, era importante tener en

³⁹ Id.

⁴⁰ *Multicanal*, pág. 509.

⁴¹ *Rubin v Eurofinance*, párrs. 39 y 40; reafirmado en apelación.

cuenta las facultades y los deberes reales otorgados o impuestos al administrador judicial en la orden del tribunal de los Estados Unidos. Tomando como ejemplo el caso *Gold & Honey*, a juicio del tribunal, la calificación de puesta bajo administración judicial extranjera difícilmente podía ser determinante de cuestiones de reconocimiento. El tribunal estimó que el propósito de la puesta bajo administración judicial no era liquidar o reorganizar los bienes del deudor, sino impedir que fueran disipados o dispersados; el tribunal quería evitar que se lesionaran los intereses de los inversionistas; las facultades otorgadas y los deberes impuestos al administrador judicial consistían en reunir y preservar los bienes, y no en liquidarlos o distribuirlos; además, conforme al mandato, el administrador judicial no estaba facultado para distribuir los bienes de los demandados⁴². Acumulativamente, esas conclusiones llevaron al tribunal a determinar que el procedimiento no era un procedimiento extranjero. Como ya se ha indicado, al llegar a la apelación, el presidente del tribunal opinó que en la etapa en que se había examinado la solicitud, el procedimiento de la SEC no tenía por objeto la reorganización o liquidación, sino la protección de los inversionistas y de los bienes del deudor. El hecho de que más adelante el tribunal estadounidense pudiera dictar mandatos que pondrían en marcha un proceso que podría ser reconocido como un procedimiento de insolvencia era irrelevante, a menos que así lo hiciera y hasta ese momento⁴³.

e) Cuestiones que deben considerarse

38. El Grupo de Trabajo podría considerar las cuestiones planteadas en los casos citados antes con respecto a la definición de “procedimiento extranjero”, entre otras:

- a) Si un procedimiento extranjero tiene que cumplir todos los elementos de la definición para poder ser reconocido;
- b) Si deberían establecerse criterios para determinar lo que constituye un procedimiento colectivo, el alcance hasta el cual la Guía Legislativa puede ser pertinente al fijar esos criterios y si los procedimientos que no son colectivos pueden ser reconocidos;
- c) Si la insolvencia o los apuros financieros son un elemento de la definición de “procedimiento extranjero”, por lo que deben darse para obtener reconocimiento;
- d) El grado de control o supervisión de los bienes y negocios del deudor por un tribunal extranjero que es necesario para cumplir la definición;
- e) El momento en que el procedimiento debería tener por finalidad la liquidación o reorganización, al efectuarse la solicitud de reconocimiento o, si cabe la posibilidad de que se concedan facultades adicionales, más adelante; y
- f) Si es necesario definir lo que constituye un deudor a los efectos de la Ley Modelo.

⁴² *Stanford International Bank* párr. 84.

⁴³ *Stanford International Bank* (apelación), párr. 26.

C. Interpretación uniforme y origen internacional – artículo 8

a) Significado del artículo 8

39. El artículo 8 de la Ley Modelo estipula que al interpretar el texto, es preciso tener en cuenta su origen internacional y la conveniencia de promover la uniformidad. Según la Guía, en diversos tratados de derecho privado, incluidos los de las Naciones Unidas, y en leyes modelo, incluidas las de la CNUDMI, hay una disposición parecida al artículo 8⁴⁴. La importancia del artículo 8 para la interpretación se observa en las decisiones de diversos tribunales.

40. En *Bear Stearns*, por ejemplo, el tribunal indicó que “En el Capítulo 15 también se aconseja a los tribunales que tomen como orientación leyes parecidas de jurisdicciones extranjeras: “al interpretar este capítulo, el tribunal tendrá en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover una aplicación de este capítulo que concuerde con la aplicación de leyes parecidas adoptadas por jurisdicciones extranjeras””⁴⁵. En *Stanford International Bank*, el tribunal de apelación observó que “el reglamento por el que se aplica [la Ley Modelo] requiere que se interprete haciendo referencia a todo documento del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas que lo preparó y a la Guía para su incorporación al derecho interno preparada en respuesta a la solicitud formulada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en mayo de 1997”⁴⁶. El tribunal de apelación en *Rubin c. Eurofinance* opinó que las notables similitudes entre algunos aspectos de la legislación de Inglaterra y de los Estados Unidos justificaba una interpretación armonizada⁴⁷.

41. En *Betcorp*, el tribunal estadounidense afirmó que el artículo 15.8 del Capítulo 15 requería que al interpretar expresiones como “el centro de los principales intereses” el tribunal “considerara” la forma en que esas expresiones se han interpretado en otras jurisdicciones que han adoptado decisiones parecidas, lo que significa “tener en cuenta no solo los casos nacionales, sino también los decididos por los tribunales de otros países”. Como se indica en la historia legislativa [de los Estados Unidos]: “estas fuentes no solo son convincentes, sino que además fomentan el objetivo fundamental de la uniformidad de interpretación”⁴⁸. Como ya se ha indicado (párr. 28) el tribunal que entendió del caso *Betcorp* no solo tuvo en cuenta los casos decididos por otros tribunales, sino también diversos documentos de antecedentes y explicativos relacionados con el derecho extranjero.

b) Cuestiones que deben considerarse

42. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de dar más orientaciones sobre las fuentes que deberán utilizarse para ayudar a interpretar la Ley Modelo en el marco del artículo 8.

⁴⁴ Guía, párr. 91.

⁴⁵ *Bear Stearns*, pág. 10.

⁴⁶ *Stanford International Bank* (apelación), fallo del Canciller, párr. 4; véase también *Rubin c. Eurofinance*, párr. 40.

⁴⁷ *Rubin v Eurofinance* (apelación), párr. 60.

⁴⁸ *Betcorp*, pág. 289.

D. Reconocimiento

1. Excepción de orden público – artículo 6

a) Interpretación del artículo 6

43. El artículo 6 de la Ley Modelo prevé una excepción al reconocimiento de un procedimiento extranjero cuando hacerlo sería “manifiestamente contrario al orden público” del Estado receptor. En la Guía se indica que en general esta excepción debe interpretarse en sentido restrictivo y que solo se pretende que se aplique en circunstancias excepcionales en lo relativo a asuntos de importancia fundamental para el Estado promulgante⁴⁹. Los debates celebrados por la Comisión en su 30º período de sesiones confirmaron que con el artículo solo se había pretendido hacer referencia a principios básicos de derecho, en particular garantías constitucionales y derechos individuales, y solo debía invocarse, por ejemplo, para denegar la aplicación del derecho extranjero, cuando con ello se violaran esos principios básicos. Por ejemplo, se señaló que si los tribunales aplicaran su amplio concepto “interno” del orden público “se reconocerían muy pocas decisiones extranjeras, ya que la mayoría de las actuaciones extranjeras se apartarían, en uno u otro aspecto, de los procedimientos que, a nivel interno, constituían cuestiones regidas por normas imperativas”⁵⁰. El adverbio “manifiestamente” se utilizó para evitar una situación en que se frustrara la cooperación conforme a la Ley Modelo porque una determinada acción o medida se considerara contraria a un simple detalle técnico de carácter vinculante⁵¹.

44. En el caso *Ephedra*, que incluía el reconocimiento de un procedimiento canadiense en los Estados Unidos, se consideró que la imposibilidad de tener un juicio por jurado para resolver determinadas cuestiones planteadas en los procedimientos canadienses, cuando en los Estados Unidos sí existía un derecho constitucional a un juicio de ese tipo, no era “manifiestamente contraria al orden público de los Estados Unidos”. El tribunal decretó que la excepción debía interpretarse en sentido restrictivo y limitarse a las políticas más fundamentales de los Estados Unidos⁵².

45. En *Ernst & Young*, las partes que se oponían al reconocimiento de la puesta bajo administración judicial canadiense en los Estados Unidos plantearon dos argumentos relacionados con la excepción de orden público. En principio, alegaron que era probable que los inversionistas de Colorado (o por extensión, los inversionistas estadounidenses) recibieran menos en el procedimiento de puesta bajo administración judicial canadiense, que incluiría a acreedores del Canadá y de Israel, de lo que recibirían del tribunal de Colorado o del Tribunal Federal. Sin embargo, el tribunal no se dejó convencer por ese argumento porque todos los inversionistas perjudicados debían compartir los bienes acumulados en el procedimiento de puesta bajo administración judicial, con independencia de la nacionalidad o de la ubicación⁵³.

⁴⁹ Guía, párrs. 86 a 89.

⁵⁰ A/52/17, párrs. 171.

⁵¹ Id., párr. 172.

⁵² *Ephedra*, págs. 336 y 337.

⁵³ *Ernst & Young*, pág. 781.

46. En segundo lugar, las partes objetantes alegaron que las costas del procedimiento canadiense de puesta bajo administración judicial absorberían tal parte de los bienes de los deudores que la cantidad que se distribuiría a los inversionistas perjudicados sería mínima. Sin embargo, aparte de indicar que el administrador judicial era una empresa internacional, las partes objetantes no aportaron pruebas en apoyo de esa alegación. El tribunal estadounidense estimó que las costas de la liquidación eran una realidad, tanto si el procedimiento era nacional como si era extranjero. En consecuencia, el tribunal no encontró pruebas que apoyaran la conclusión de que el procedimiento de puesta bajo administración judicial produciría un resultado tan espectacularmente diferente como para ser considerado “manifiestamente contrario” al orden público de los Estados Unidos.

47. En *Gold & Honey*, un tribunal estadounidense denegó el reconocimiento de procedimientos israelíes por motivos de orden público. Cuando ya se habían iniciado procedimientos en los Estados Unidos en virtud del Capítulo 11 y se había aplicado una paralización automática, se dictó en Israel una orden de puesta bajo administración judicial respecto de la misma empresa deudora. El magistrado estadounidense se negó a reconocer el procedimiento israelí “porque con ello se recompensaría y legitimaría [la] violación de la paralización automática y de [ulteriores ordenes del tribunal estadounidense] respecto de la paralización”⁵⁴. Como el reconocimiento habría comprometido seriamente la capacidad del tribunal estadounidense para aplicar dos de las políticas y los propósitos más fundamentales de la paralización automática – a saber, evitar que un acreedor se beneficiara más que los demás acreedores, y prever una distribución ordenada y eficiente de los bienes de un deudor a todos los acreedores de conformidad con sus prioridades relativas”⁵⁵– el magistrado consideró que sí se había llegado al alto umbral necesario para establecer la excepción de orden público.

48. En *Metcalfe and Mansfield*, además del reconocimiento, el representante extranjero del Canadá trató de obtener que se aplicaran en los Estados Unidos algunas órdenes canadienses, de conformidad con la ley sobre la ejecución de sentencias extranjeras y los principios de cortesía internacional y de orden público contenidos en el Capítulo 15. No se opuso ninguna objeción al reconocimiento de los procedimientos canadienses. El tribunal, citando *Bear Stearns*, consideró que si bien el reconocimiento dependía de los criterios objetivos del equivalente estadounidense del artículo 17 de la Ley Modelo, las medidas otorgadas después de la apertura eran en buena parte discrecionales y dependían de factores subjetivos que incluían principios de cortesía. El tribunal decidió que las medidas concedidas en el procedimiento extranjero y las previstas en el procedimiento de los Estados Unidos no tenían por qué ser idénticas. El aspecto fundamental de la determinación del tribunal era si los procedimientos utilizados en el Canadá satisfacían las normas fundamentales de equidad de los Estados Unidos. El tribunal concluyó que en este caso la disposición del Capítulo 15 equivalente al artículo 6 no impedía conceder cortesía a las órdenes canadienses⁵⁶.

⁵⁴ *Gold & Honey*, pág. 371.

⁵⁵ *Id.*, pág. 372.

⁵⁶ *Metcalfe and Mansfield*, págs. 697 y 698.

49. Una cuestión a la que se ha prestado bastante atención es si la excepción de orden público puede utilizarse para abordar, por ejemplo, un problema de búsqueda del foro más conveniente que haya dado lugar a una situación en que el deudor se ve en una posición más favorable, con el consiguiente perjuicio para los acreedores, o para resolver comportamientos contrarios a la ley del Estado que había dado su reconocimiento. En un caso no decidido conforme a la Ley Modelo, pero relacionado con *Stanford International Bank*, un tribunal canadiense falló que el comportamiento de los liquidadores de Antigua, que trataban de obtener reconocimiento en el Canadá, contravenía la legislación canadiense, lo que les descalificaba para actuar y para presentar su solicitud de reconocimiento del procedimiento de Antigua en el Canadá⁵⁷.

b) Cuestiones que deben considerarse

50. El Grupo de Trabajo podría considerar las siguientes cuestiones con respecto a la utilización e interpretación de la excepción de orden público contenida en el artículo 6:

a) Si la elaboración de las circunstancias en que un tribunal que examine cuestiones de reconocimiento conforme a la Ley Modelo puede aplicar la excepción de orden público ayudaría a interpretar y aplicar ese artículo; y

b) Si en el caso en que un solicitante que solicita medidas en virtud de la Ley Modelo ha violado las leyes y procedimientos establecidos de un país, esa violación sería motivo para que se le denegara el reconocimiento con arreglo a la excepción de orden público.

⁵⁷ En el caso de la quiebra de *Stanford International Bank*, 11 Septiembre 2009, Tribunal Superior, distrito de Montreal (Québec), decisión sobre la solicitud de los liquidadores, párr. 59.