



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)
39º 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>
I. Interpretación y aplicación de conceptos relacionados con el centro de los principales intereses (<i>continuación</i>)	1-43	2
D. Reconocimiento (<i>continuación</i>)	1-43	2
2. Procedimiento principal y procedimiento no principal	1-3	2
3. Ubicación del centro de los principales intereses (CPI) – presunción del artículo 16	4-37	2
4. Establecimiento	38-43	13
Anexo		16



I. Interpretación y aplicación de conceptos relacionados con el centro de los principales intereses (*continuación*)

D. Reconocimiento (*continuación*)

2. Procedimiento principal y procedimiento no principal

1. El artículo 17 de la Ley Modelo establece que los procedimientos extranjeros que sean un procedimiento en el sentido del artículo 2 a) se reconocerán como procedimientos extranjeros principales o como procedimientos extranjeros no principales.

2. En el caso *In the matter of Yuval Ran*, el tribunal de apelación estadounidense dictaminó que los procedimientos extranjeros tenían que clasificarse o bien como procedimiento principal o bien como procedimiento no principal para su reconocimiento y para que pudiera acogerse a las disposiciones favorables del capítulo 15 del Código de Quiebras de los Estados Unidos. El tribunal indicó que si el procedimiento extranjero no era ni principal ni no principal sencillamente no podía ser reconocido¹. El párrafo 2 del artículo 17 de la Ley Modelo establece que sólo podrán reconocerse estos dos tipos de procedimiento; los procedimientos iniciados sobre la base de la presencia de bienes no pueden ser reconocidos, aunque la presencia de bienes sea base suficiente para iniciar un procedimiento local tras haberse reconocido un procedimiento extranjero principal².

a) Cuestiones que deben considerarse

3. Los Estados Unidos indican en su propuesta que un tribunal habrá de tener competencia para actuar y decidir sobre las cuestiones que se le planteen. A este respecto se plantean las dos cuestiones siguientes:

a) ¿Debe estar persuadido un tribunal de que un procedimiento con arreglo a la Ley Modelo es un procedimiento extranjero principal o un procedimiento extranjero no principal como condición previa para el reconocimiento?; y

b) ¿Qué procedimiento debe establecerse para que esta determinación sea clara y definitiva? ¿Convendría establecer un menú de opciones para hacer que este proceso resulte claro y definitivo, de manera que pueda armonizarse en la medida de lo posible?³

3. Ubicación del centro de los principales intereses (CPI) – presunción del artículo 16

4. El artículo 16 de la Ley Modelo establece una presunción en la que pueden basarse los tribunales para decidir cuál es el CPI. El párrafo 3 prevé que, salvo prueba en contrario, se presumirá que el domicilio social del deudor (o su residencia habitual si se trata de una persona física) es su CPI. El párrafo 122 de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo aclara que el artículo 16 establece presunciones

¹ *In the matter of Yuval Ran* (2010), pág. 6.

² Véase el artículo 28. Los efectos de este procedimiento se limitarán a los bienes del deudor que se encuentren en el Estado donde se inicie el procedimiento local.

³ A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, párr. 67.

que permiten al tribunal agilizar la práctica de la prueba, sin que ello impida que, con arreglo a la ley procesal interna, se pidan o tomen en consideración otras pruebas cuando el tribunal o una parte interesada cuestione alguna de las presunciones.

a) Impugnación de la presunción y carga de la prueba

5. En varios casos se ha planteado la cuestión de la ubicación del CPI del deudor y de la interpretación de la presunción del artículo 16. Particular atención ha suscitado la impugnación de la presunción y los factores que habrán de tenerse en cuenta a ese respecto, en especial si el deudor es una empresa. Dado que en el Reglamento del Consejo de la Unión Europea (CE) núm. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia, de 29 de mayo de 2000, se utiliza un concepto semejante al de CPI, los casos sobre el tema resueltos de conformidad con el Reglamento pueden ser tenidos en cuenta, según lo previsto en el artículo 8, para interpretar la Ley Modelo. En la Guía para la incorporación de la Ley Modelo se indica que la idea de CPI se corresponde con la formulación del artículo 3 del convenio precursor del Reglamento (CE) y reconoce que es aconsejable contribuir así al consenso que se va formando sobre la noción de procedimiento “principal”⁴. El Grupo de Trabajo recordará que si bien los conceptos de los dos textos son semejantes, su finalidad es distinta. La determinación del CPI según el Reglamento (CE) tiene interés para determinar la jurisdicción en que debe iniciarse el procedimiento principal. La determinación del CPI según la Ley Modelo se relaciona con los efectos del reconocimiento, entre los que destaca poder acogerse a las medidas previstas para colaborar en el desarrollo del procedimiento principal.

i) Decisiones en la Unión Europea

6. En el principal caso sometido al Reglamento (CE), el caso *Eurofood*, el Tribunal Europeo de Justicia determinó que el CPI de *Eurofood* estaba en Irlanda debido a que la presunción en favor del domicilio social no había sido refutada. El Tribunal dictaminó que “al determinar el centro de los principales intereses de una sociedad deudora, la presunción *iuris tantum* que establece el legislador comunitario en favor del domicilio social... sólo puede desvirtuarse si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social”⁵.

7. Al considerar esta presunción, el Tribunal dictaminó que la presunción podía ser refutada en el caso de una empresa “fantasma” que no ejerza ninguna actividad en el territorio del Estado en el que tiene su domicilio social. En cambio, sostuvo que “el mero hecho” de que una sociedad matriz decida por motivos económicos

⁴ Véase A/52/17, párr. 153, en el que se indica que “... su interpretación [la de las palabras “centro de los principales intereses”] en el contexto de ese Convenio [de la Unión Europea] también sería útil en el contexto de las Disposiciones Legales Modelo”. Debe observarse que el Reglamento (CE) no define el centro de los principales intereses pero establece, en el párrafo 13 de su preámbulo, que esa expresión debe entenderse como “el lugar en que el deudor administra ordinariamente sus intereses y que, por lo tanto, los terceros pueden determinar”. Véase también Guía para la incorporación de la Ley Modelo, párrs. 18 y 30.

⁵ *Eurofood*, párr. 34.

(por ejemplo, por motivos fiscales) dónde puede ubicarse el domicilio social de una filial no basta para desvirtuar la presunción⁶.

8. La sentencia sobre el caso *Eurofood* atribuye considerable importancia a la necesidad de que sea previsible dónde se ubica el centro de los principales intereses de un deudor.

9. En A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, párrs. 13 a 34, se exponen otras decisiones adoptadas de conformidad con el Reglamento (CE).

ii) *Decisiones adoptadas de conformidad con la Ley Modelo*

10. En el caso *Bear Stearns*, el tribunal estadounidense volvió a considerar la cuestión de la determinación del centro de los principales intereses de un deudor. La solicitud de reconocimiento hacía referencia a una empresa registrada en las Islas Caimán que estaba sometida a un procedimiento de liquidación provisional en esa jurisdicción.

11. El juez señaló que en el capítulo 15 se había cambiado, en la versión inglesa, la formulación del artículo 16 y en lugar de “proof to the contrary” se había utilizado “evidence to the contrary”, por lo que se remitió a los antecedentes legislativos, que explicaban que el cambio se había hecho para aclarar, utilizando la terminología propia de los Estados Unidos, que la carga de la prueba, en última instancia, recaía en el representante extranjero.

12. El juez a continuación añadió que:

“La presunción de que el domicilio social es también el centro de los principales intereses del deudor se ha incluido por motivos de rapidez y conveniencia de la prueba cuando no hay ninguna oposición grave a ello⁷.”

Ese enfoque permite y fomenta que se actúe con rapidez en los casos en que es fundamental, dejando que pueda seguir discutiéndose cuál es el auténtico “centro” del deudor en los casos en que haya más dudas sobre los hechos. El juez añadió que la “presunción” no es la alternativa preferida cuando la jurisdicción en la que se constituyó la sociedad no es la misma que aquella donde tiene su sede real⁸.

13. En apelación, el tribunal competente confirmó la decisión del tribunal inferior de que correspondía al representante extranjero presentar las pruebas pertinentes para rebatir la presunción y de que el tribunal tenía por su parte el deber de determinar que tal cosa se había hecho, aun cuando nadie se opusiera a esa presunción⁹.

14. En el caso *Stanford International Bank*, el tribunal inglés observó que la jurisprudencia de los Estados Unidos no reconocía el requisito de que los acreedores pudieran determinar cuál es el CPI de la empresa, a diferencia del Reglamento (CE) que establecía que ese centro era el lugar donde el deudor llevaba la administración normalmente y que “por consiguiente es determinable por los terceros”. El tribunal dictaminó que, ya que el domicilio social de Stanford International Bank estaba en

⁶ Id.

⁷ HR Rep No. 31, 109th Cong. 1st session 1516 (2005).

⁸ *Bear Stearns*, pág. 128.

⁹ *Bear Stearns* (en apelación).

Antigua, la carga de refutar la presunción recaía en el administrador judicial estadounidense y que la presunción sólo podía refutarse con factores objetivos. Estos factores no contarían a menos que fueran también reconocibles por terceros, fueran de dominio público y pudieran llegar a ser conocidos por terceros en el curso ordinario de los negocios con la empresa¹⁰. En opinión del tribunal, de ello se deducía que la carga de la prueba de la ubicación del CPI nunca correspondía a la parte que se opusiera al reconocimiento de la condición de “procedimiento principal”, y que quien se opusiera a ese reconocimiento sólo tenía que presentar algún indicio que demostrara que el domicilio social no era el CPI.

15. En apelación, el tribunal competente corroboró la decisión del tribunal inferior. Tras considerar los casos planteados en la UE y en los Estados Unidos con respecto al CPI, el presidente del tribunal señaló que, en su opinión, la misma expresión utilizada en documentos diferentes podía tener significados diferentes a causa del contexto respectivo. Sin embargo, indicó que no veía nada en el contexto respectivo (es decir, el de la UE y el de los Estados Unidos) que exigiera atribuir a la expresión un significado distinto: en ambos casos se utilizaba para identificar el procedimiento que tendría prelación sobre otros procedimientos similares en otras jurisdicciones. En ambos casos, según el juez, la preocupación era que las personas que se relacionaran con el deudor supieran de antemano, antes de que se produjera la insolvencia, qué régimen jurídico se aplicaría en caso de que su interlocutor incurriera en insolvencia.

“Sería absurdo que el centro de los principales intereses de una empresa que tuviera su domicilio social, por ejemplo, en España y que estuviera siendo disuelta tanto ahí como en los Estados Unidos difiriera en función de que el tribunal inglés aplicara la Ley Modelo de UNCITRAL a una solicitud de los liquidadores estadounidenses de su reconocimiento como procedimiento extranjero principal o de que aplicara el Reglamento (CE) para decidir si acepta la petición de que liquide la empresa española [en Inglaterra]”¹¹.

16. Los demás magistrados del tribunal de apelación adoptaron planteamientos ligeramente diferentes en el caso *Stanford International Bank* con respecto a la trascendencia de que los terceros pudieran determinar el centro de los principales intereses. Cabe pensar que sus observaciones sugieren que los tribunales están obligados a juzgar objetivamente, sobre la base de las pruebas que se les hayan sometido, dónde se encuentra el centro de los principales intereses del deudor, en lugar de llegar a su conclusión basándose en pruebas que indiquen qué era lo que realmente podían determinar los acreedores y demás partes interesadas que se relacionaran con el deudor en el curso de sus actividades comerciales.

17. En el caso *Fairfield Sentry* se solicitaba el reconocimiento en los Estados Unidos de un procedimiento abierto ante un tribunal de las Islas Vírgenes Británicas (IVB). Los deudores habían constituido la sociedad y mantenido su domicilio social en las IVB pero, como habían interrumpido sus operaciones comerciales algunos meses antes de que se iniciara el procedimiento en las IVB, sus actividades se habían limitado a las relacionadas con la liquidación de sus operaciones. El tribunal declaró que, aunque sus operaciones fueran internacionales,

¹⁰ *Stanford International Bank*, párr. 62.

¹¹ *Stanford International Bank* (en apelación), párr. 54.

el “centro neurálgico” administrativo más plausible del deudor había estado durante algún tiempo en las IVB. El tribunal citaba la reciente decisión sobre el caso *Hertz Corp. v. Friend*, en el que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaraba que “la frase ‘establecimiento principal’ utilizada en la legislación de los Estados Unidos remite al lugar desde donde dirigen, controlan y coordinan las actividades de la sociedad sus directivos de mayor nivel, es decir, el “centro neurálgico”, que normalmente se encontrará en su sede social. [...] en la práctica, por lo general será el lugar donde la sociedad tiene su sede – siempre que ésta sea el centro real de dirección, control y coordinación, es decir, el “centro neurálgico”, y no sólo una oficina donde la junta de la sociedad celebra sus reuniones (por ejemplo, reuniones de directores y responsables que viajan allí con ese motivo). Si la inscripción muestra indicios de manipulación – por ejemplo, que el supuesto “centro neurálgico” no es más que un apartado de correos, una oficina vacía con una computadora, o el lugar donde se celebra una reunión anual de dirección – los tribunales deben considerar que el auténtico “centro neurálgico” es aquél desde donde se dirige, controla y coordina realmente la sociedad, sin tener en cuenta esa manipulación”¹².

18. El tribunal del caso *Fairfield Sentry* también tomó nota de la conclusión del tribunal del caso *British American Insurance* de que, cuando por necesidad y de buena fe un representante extranjero traslade todas las actividades empresariales primarias del deudor a su lugar de residencia (o las interrumpa), obligando así a las demás partes a considerar que el lugar de residencia del representante extranjero es el lugar donde el deudor tiene su establecimiento, se podrá considerar que el CPI del deudor se ubica en el lugar de residencia del representante extranjero. Este hecho, sumado a la ubicación de la sede social, sirvió de fundamento para ubicar el CPI del deudor en las IVB¹³.

b) Factores importantes para determinar el CPI

i) Identificación de los factores – empresas deudoras

19. Hay varios factores que se consideran importantes para determinar el CPI de un deudor y refutar la presunción del artículo 16. En el caso *Betcorp*, aunque el centro de los principales intereses del deudor no se discutía, el juez ofreció algunas ideas sobre el tema. Según sus conclusiones: “... la jurisprudencia en la que se analiza el [centro de los principales intereses] del deudor indica que los tribunales no se valen de una fórmula rígida o de un criterio único para dictaminar al respecto, sino que suelen referirse a diversos factores para determinar con toda la objetividad posible dónde se encuentra el centro de los principales intereses comerciales de un deudor concreto”¹⁴.

20. Los tribunales han considerado muchos factores para determinar el CPI de las empresas deudoras. Estos criterios no están descritos exactamente del mismo modo en cada uno de los casos, pero pueden agruparse en las siguientes descripciones generales, que no pretenden conformar una lista exhaustiva:

¹² *Hertz Corp.*, págs. 1192 a 1195.

¹³ *Fairfield Sentry*, págs. 5 a 8; *British American Insurance*, pág. 914.

¹⁴ *Betcorp*, pág. 290.

- a) La ubicación de la sede del deudor¹⁵ o el lugar desde donde se desempeñen las funciones administrativas principales¹⁶ o el “centro neurálgico”¹⁷;
- b) El lugar donde se encuentre la dirección del deudor o quienes realmente son los gestores del deudor¹⁸ o la gestión de las operaciones del deudor¹⁹;
- c) La ubicación de los principales bienes del deudor y/o los acreedores²⁰ o la ubicación de la mayoría de los acreedores que resulten afectados por el caso²¹;
- d) El ámbito jurisdiccional donde esté vigente la legislación aplicable²² o la legislación aplicable a los principales contratos de la empresa²³;
- e) La jurisdicción cuya legislación sea aplicable a la mayoría de los litigios²⁴;
- f) El lugar desde el que se organicen las finanzas²⁵ o se autoricen²⁶ o el lugar donde se encuentre el banco principal del deudor²⁷;
- g) El lugar desde el que se organice la administración del deudor²⁸;
- h) El lugar desde el que se organicen los contratos (de suministro)²⁹;
- i) El lugar desde el que se gestione la política de compras, el personal, las cuentas a pagar y los sistemas informáticos³⁰ o el sistema de gestión del efectivo³¹;
- j) El lugar en el que se determine la política comercial³²;
- k) El lugar donde se encuentren los empleados³³;
- l) El lugar desde el que se dirija la reorganización del deudor³⁴;
- m) El lugar que los acreedores reconozcan como el centro de actividades de la empresa³⁵;
- n) El lugar donde el deudor esté sometido a supervisión o regulación³⁶; y

¹⁵ *Tradex Swiss; Stanford International Bank; MPOTEC.*

¹⁶ *ENERGOTECH, MPOTEC, Hellas.*

¹⁷ *Hertz Corp. v. Friend*; en el caso de la quiebra de Stanford International Bank, 11 de septiembre de 2009, Tribunal Superior del Distrito de Montreal (Quebec), decisión sobre la solicitud del administrador judicial de la SEC, párr. 35; *Fairfield Sentry*.

¹⁸ *Tradex Swiss; Stanford International Bank.*

¹⁹ *Eurotunnel, British American Insurance.*

²⁰ *Tradex Swiss, Ernst & Young, Eurotunnel, British American Insurance.*

²¹ *Stanford International Bank.*

²² *Tradex Swiss.*

²³ *MPOTEC.*

²⁴ *Stanford International Bank, Ernst & Young, British American Insurance.*

²⁵ *Daisy Tek.*

²⁶ *MPOTEC.*

²⁷ *MPOTEC, Hellas.*

²⁸ *Eurofood, Daisy Tek.*

²⁹ *Daisy Tek.*

³⁰ *MPOTEC.*

³¹ *Ernst & Young.*

³² *MPOTEC.*

³³ *Eurotunnel.*

³⁴ *Eurotunnel, Ernst & Young, Hellas.*

³⁵ *Ernst & Young.*

o) El lugar en el que se prepararon y auditaron las cuentas y cuya legislación sea la aplicable a estas operaciones³⁷.

ii) *Identificación de los factores – personas físicas deudoras*

21. La determinación del CPI de una persona física deudora no ha dado origen a muchos casos. En el caso *In the matter of Yuval Ran*, el tribunal de apelación señaló que los factores a tener en cuenta para determinar el CPI de una persona física deudora podían ser algo distintos de los que debían tenerse en cuenta para determinar el CPI de una empresa deudora. El tribunal de apelación se remitió al caso *In re Loy*³⁸, en el que el tribunal había señalado que, cuando hubiera un conflicto grave, para determinar el CPI de una persona física deudora se podían utilizar factores tales como: a) la ubicación de los bienes principales del deudor; b) la ubicación de la mayoría de los acreedores del deudor; y c) la jurisdicción cuya legislación se aplicara en la mayoría de los litigios. En otros términos, según el tribunal del caso *Ran*, el tribunal del caso *Loy* había considerado, para determinar el CPI en litigio de una persona física deudora, factores que normalmente se utilizan para determinar el CPI de una empresa deudora. El tribunal dictaminó que las pruebas presentadas por el administrador judicial bastaban para desvirtuar la presunción de que el CPI de *Ran* estaba en los Estados Unidos pero no bastaban para demostrar que el CPI de *Ran* estuviera en Israel. El tribunal de apelación rechazó también el enfoque basado en el historial de las operaciones del deudor, señalando que el texto de las disposiciones pertinentes estaba claramente redactado en presente y no implicaba que se examinaran acontecimientos del pasado³⁹. El tribunal de apelación también dictaminó que era importante que los terceros pudieran determinar cuál era el CPI del deudor.

c) **Efectos del fraude**

i) *Casos en los que intervino el fraude*

22. Una de las cuestiones que se plantearon en el caso *Ernst & Young* fue en qué medida el fraude podría influir en la determinación del CPI cuando el lugar de registro de la empresa fuera un simple pretexto y no se llevara de hecho ninguna operación comercial desde allí. En este caso intervenían dos empresas vinculadas, una de las cuales estaba registrada en Colorado, Estados Unidos, y la otra en el Canadá, y que formaban parte de un plan fraudulento gestionado desde el Canadá. El tribunal canadiense había nombrado un administrador judicial para ambas empresas.

23. El tribunal estadounidense reconoció que el procedimiento canadiense era el procedimiento extranjero principal ya que, teniendo en cuenta la ubicación de los directores de la empresa deudora, el CPI de ambas empresas estaba en el Canadá. El tribunal consideró la ubicación de los deudores, pero concluyó que no era fundamental ya que ninguna de las dos entidades realizaba operaciones comerciales reales. El tribunal también consideró un tercer factor, la ubicación de los bienes de los deudores. Aunque una de las entidades deudoras tenía fondos en una cuenta

³⁶ *Eurofood*.

³⁷ *Eurofood*.

³⁸ 380 B.R. 154, at 162 (Bankr. E.D. Va. 2007), [CLOUT 924].

³⁹ *In the matter of Yuval Ran* (2010), págs. 10 a 12.

bancaria en Colorado, estos fondos se transferían periódicamente al deudor en el Canadá y el tribunal concluyó que la mayoría de los bienes estaba pues a nombre de la entidad deudora en el Canadá, o estaba controlada en último extremo por esta entidad. En relación con otros dos factores más, la ubicación de la mayoría de los acreedores del deudor y la jurisdicción cuya legislación se aplicara a la mayoría de los litigios, el tribunal dictaminó que no eran fundamentales para determinar el CPI. Los inversores defraudados por los directivos de las empresas deudoras y sus entidades eran ciudadanos de varios países, entre ellos el Canadá, los Estados Unidos e Israel, y en lo que respecta a la legislación aplicable, la jurisdicción podía ser atribuida tanto al Canadá como a los Estados Unidos⁴⁰.

24. En el caso *Stanford International Bank*, se alegó que, como se había argumentado que la empresa en cuestión se utilizaba como vehículo para el fraude, el tribunal no debía investigar el CPI de la empresa misma sino más bien el CPI de los organizadores del fraude. El tribunal inferior había indicado que era improbable que los terceros pudieran conocer la existencia subterránea de un fraude, por su propia naturaleza de fraude, y teniendo en cuenta que el eje de la cuestión era mantener el secreto el máximo tiempo posible. El tribunal indicó también que sería difícil basar la determinación en la ubicación de los autores del fraude si no tenían todos ellos su CPI en el mismo Estado⁴¹.

25. En el procedimiento canadiense sobre el *Stanford International Bank* (que no se resolvió aplicando una legislación que incorporara la Ley Modelo), el tribunal consideró que en los casos de estafa piramidal de estilo Ponzi la conexión real e importante era “el lugar donde opera el centro neurálgico o, como también cabría denominarlo, el centro de la telaraña de esta estafa”, que se consideraba que era la sede del *Stanford Group* en Houston (Texas) y no en Antigua⁴².

d) Determinación temporal del CPI

26. En algunos casos planteados al amparo tanto de la Ley Modelo como del Reglamento (CE) intervenía el hecho de que un deudor se hubiera trasladado de una jurisdicción a otra en fecha muy próxima al inicio del procedimiento de insolvencia. La Ley Modelo no aborda esta posibilidad ni menciona el momento al que ha de referirse la determinación del CPI. Se ha sugerido, por ejemplo, que la determinación debería adoptarse teniendo en cuenta el historial de las operaciones del deudor y no valorando simplemente dónde estaba el CPI en la fecha en que se presentó la solicitud de inicio de un procedimiento de insolvencia o en la fecha de la solicitud de reconocimiento de ese procedimiento.

i) Casos sometidos a la Ley Modelo

27. En el caso *Gookseung I*, el tribunal coreano denegó el reconocimiento del procedimiento que se había abierto en los Estados Unidos el año anterior señalando que en el momento en que se había solicitado el reconocimiento ese procedimiento

⁴⁰ *Ernst & Young*, págs. 778 a 781.

⁴¹ *Stanford International Bank*, párr. 69.

⁴² Caso de la quiebra del *Stanford International Bank*, 11 de septiembre de 2009, Tribunal Superior del Distrito de Montreal (Quebec), decisión sobre la solicitud del administrador judicial de la SEC, párrs. 32 a 36.

ya se había completado y el solicitante, que anteriormente era un deudor en posesión de los bienes, ya no podía ser un representante extranjero.

28. En el caso *Yuval Ran*, el tribunal inferior de los Estados Unidos dictaminó que para reconocer un procedimiento israelí como procedimiento extranjero principal tenían que presentarse pruebas que demostraran que el CPI del deudor estaba ubicado, en el momento en que se solicitó el reconocimiento, en Israel. En consecuencia, rechazó el enfoque operativo que tenía en cuenta el historial de la conexión del deudor con Israel. Aunque el deudor hubiera tenido intereses sustanciales en Israel en el pasado, en el momento en que se solicitó la aplicación del capítulo 15 de hecho no tenía intereses en Israel. Esa decisión fue confirmada en apelación.

29. En el caso *Schefenacker*, un grupo fabricante de componentes de automóviles formado por una empresa matriz alemana con filiales en varias jurisdicciones, como Inglaterra, los Estados Unidos, Australia y Alemania, que estaba en dificultades financieras, trasladó su CPI a Inglaterra como primer paso de un proceso de reestructuración, y a fin de poder acogerse a la legislación inglesa de la insolvencia, que era más favorable, y llegar a un acuerdo voluntario. El lugar de inscripción de la empresa matriz y su CPI se transfirieron a Inglaterra al amparo de la legislación alemana. A continuación, se inició en Inglaterra un procedimiento principal a los efectos del Reglamento (CE), que se reconoció en toda Europa. Quienes se opusieron a la solicitud de reconocimiento en los Estados Unidos se centraban en el historial de las operaciones de las filiales y no consideraban que el deudor fuera una empresa matriz debidamente organizada y constituida en Inglaterra y Gales, con el centro de sus operaciones en el Reino Unido. El tribunal estadounidense dictaminó que el CPI del deudor estaba en el Reino Unido y reconoció el procedimiento como procedimiento extranjero. No decidió si era un procedimiento principal o no principal basándose en que, en cualquier caso, se podía conceder el amparo solicitado.

30. En el caso *Betcorp* el tribunal estadounidense consideró que lo correcto era rechazar el enfoque basado en las operaciones; si se determinara el CPI sobre esta base sería cada vez mayor la probabilidad de que se produjeran contradicciones entre las determinaciones del CPI ya que los tribunales tenderían a atribuir mayor importancia a las actividades realizadas en su jurisdicción o sencillamente a ponderar las pruebas de forma distinta. El tribunal también señaló la importancia de que los terceros pudieran determinar dónde estaba el CPI, sugiriendo que, si los principales intereses del deudor estaban en un país determinado y los terceros conocían esa situación, debía considerarse irrelevante que los intereses del deudor estuvieran centrados anteriormente en un país distinto⁴³. El tribunal se mostró de acuerdo con la decisión del tribunal inferior en el caso *Yuval Ran*, cuando dictaminó que el momento a considerar era el del inicio del caso referente al capítulo 15. Señaló que ese planteamiento era conforme con la jurisprudencia inglesa de interpretación del Reglamento de la UE, que parecía preferir como referencia temporal una fecha relacionada con el inicio del procedimiento pertinente de insolvencia o de su notificación⁴⁴.

⁴³ *Betcorp*, pág. 291.

⁴⁴ *Id.*, 292.

31. En el caso *British American Insurance*, el tribunal estadounidense se basó en la jurisprudencia anterior sobre el capítulo 15 para determinar el CPI, decidiendo que debía considerar múltiples factores, ninguno de los cuales era concluyente ni imprescindible. El tribunal consideró primero la cuestión del momento al que se refería la determinación y concluyó que debía considerar los hechos concurrentes en la fecha en que se presentó la solicitud de aplicación del capítulo 15⁴⁵. El tribunal dictaminó que también debía adoptarse ese enfoque para determinar si el deudor tenía un establecimiento en un lugar determinado⁴⁶.

32. En el caso *Fairfield Sentry*, el tribunal estadounidense indicó que “incluso los tribunales que recientemente han retrasado la determinación del CPI al momento en que se presentó la solicitud de reconocimiento, incluidos los que examinaron los casos *Yuval Ran*, *Betcorp* y *British American Insurance*, probablemente se mostrarían partidarios de basar su análisis en la totalidad de las circunstancias si procediera”. Según el juez, la jurisprudencia creada por estos tribunales no impedía determinar el CPI en un marco temporal más amplio si cabía la posibilidad de que se hubiera producido una actitud oportunista en el establecimiento de ese CPI (es decir, una explotación de la información privativa de la empresa, una manipulación de la información ofrecida al exterior, una defraudación abierta de las expectativas de los terceros). El tribunal dictaminó que no se había producido un traslado oportunista del CPI y que no concurría ningún acto ni motivo que tuviera por objetivo distorsionar los factores que indujeron a establecer el CPI en las IVB. En el período que transcurre entre el cese de los negocios y el inicio del procedimiento de insolvencia en las IVB, el centro neurálgico administrativo estaba en las IVB y allí era donde estaba ubicado el CPI⁴⁷.

ii) *Casos sometidos al Reglamento (CE)*

33. La cuestión del traslado del CPI se ha planteado en varios casos sometidos al Reglamento (CE). En *Shierson v. Vlieland-Boddy* se dictaminó que el momento al que había que referirse para determinar la ubicación del CPI del deudor era el de la fecha de la petición al tribunal de que iniciara un procedimiento de insolvencia contra el deudor. Esa fecha podía ser la de la audiencia en un procedimiento de insolvencia, pero también podía ser una fecha anterior, por ejemplo, la del momento en que el acreedor pide al juez que dicte una orden contra el deudor.

34. En el caso *Re Staubitz-Schreiber*, en el que se trataba de la insolvencia de una persona física, la deudora intentó trasladar su CPI de Alemania a España tras haberse presentado en Alemania la solicitud de inicio de un procedimiento de insolvencia pero antes de que el tribunal determinara si iniciaba o no ese procedimiento. El Tribunal Europeo de Justicia dictaminó que el CPI de la deudora seguía en Alemania porque estaba en Alemania en el momento en que se presentó la solicitud de inicio del procedimiento de insolvencia, sin que importaran los intentos posteriores de trasladarlo a otro Estado Miembro antes de que se iniciara el procedimiento.

35. Cambiar la jurisdicción en la que esté registrada la empresa puede no bastar para transferir su CPI, y puede ser necesario presentar pruebas suficientes para

⁴⁵ *British American Insurance*, pág. 906.

⁴⁶ *Id.*, pág. 915.

⁴⁷ *Fairfield Sentry*, pág. 8.

refutar la presunción del artículo 16. En el caso *Hans Brochier*, una empresa constructora alemana intentó trasladar su sede social a Inglaterra para sacar ventaja de la legislación inglesa de la insolvencia, pero un tribunal inglés dictaminó que su CPI seguía en Alemania.

36. En el caso *Hellas Telecommunications (Luxembourg) II SCA*, la empresa consiguió que se aceptara su alegación de que había trasladado su CPI de Luxemburgo a Inglaterra, donde quería reestructurarse. El tribunal inglés dictaminó que tenía que determinar la ubicación del CPI en la fecha de la audiencia, es decir, unos tres meses después de que se hubiera trasladado el CPI. También dictaminó que había comprobado a su satisfacción que el CPI se había trasladado a Inglaterra, basándose para ello en los hechos objetivos y verificables que había alegado la empresa, a saber, que su oficina principal y su principal dirección operativa estaban ahora en Londres; que se había notificado a los acreedores de la empresa este cambio de dirección en esas fechas y se había publicado un aviso en la prensa anunciando que sus actividades se trasladaban a Inglaterra; había abierto una cuenta bancaria en Londres y todos los pagos salían y entraban de esa cuenta bancaria, aunque siguiera abierta otra cuenta bancaria en Luxemburgo a través de la cual se hacían diversos pagos menores; se había registrado según lo previsto en la Ley de Empresas de Inglaterra, aunque su sede central siguiera en Luxemburgo y estuviera sometida al posible pago de impuestos en Luxemburgo; y las negociaciones entre la empresa y sus acreedores habían tenido lugar en Londres⁴⁸.

e) Cuestiones que deben considerarse

37. El Grupo de Trabajo podría considerar si el análisis de los casos antes presentados indica que sería aconsejable seguir debatiendo las siguientes cuestiones:

- a) Si la carga de la prueba consiste en refutar la presunción en favor de la sede social;
- b) Qué pruebas son necesarias para refutar la presunción de que el CPI del deudor está en su sede social;
- c) Qué trascendencia tiene para determinar la ubicación del centro de los principales intereses según la Ley Modelo que los terceros hubieran podido conocerlo;
- d) Si puede elaborarse una lista de los factores indicativos que ayude a determinar el CPI y, en caso positivo, qué factores podrían incluirse en esa lista;
- e) Si la incidencia del fraude repercute en los factores a considerar para determinar el CPI; y
- f) Si el tiempo que una empresa mantiene su CPI en una jurisdicción debe ser un factor a considerar para determinar el CPI de un deudor. En particular, tal vez desee considerar si la determinación del CPI de un deudor se debe hacer en la fecha en la que la empresa mantenía su actividad comercial y sus operaciones, antes de la insolvencia, o después de haberse declarado ya su insolvencia y encontrarse bajo la dirección de un liquidador, o en la fecha de la solicitud de reconocimiento.

⁴⁸ *Hellas*, párr. 4.

4. Establecimiento

a) Establecimiento de una empresa deudora

38. La definición del establecimiento se encuentra en el artículo 2 f) de la Ley Modelo. La Guía para la incorporación de la Ley Modelo no aporta ninguna aclaración más, salvo la observación del párrafo 75 de que la definición se inspira en el artículo 2 h) del Convenio de la Unión Europea relativo al procedimiento de insolvencia. El Informe Virgos Schmit⁴⁹ sobre ese Convenio aporta nuevas explicaciones del término “establecimiento”:

“Por lugar de operaciones se entiende aquél en el que se ejerce una actividad económica en el mercado (es decir, una actividad hacia el exterior), sea ésta comercial, industrial o profesional. La importancia atribuida a la necesidad de que haya una actividad económica en la que se utilicen recursos humanos muestra la necesidad de que haya también un grado mínimo de organización. Un lugar de operaciones puramente ocasional no se puede considerar “establecimiento”. Se precisa una cierta estabilidad. La fórmula negativa (“de forma no transitoria”) pretende evitar el establecimiento de un requisito de tiempo mínimo. El factor decisivo es cómo se presenta exteriormente la actividad, y no la intención del deudor⁵⁰.”

39. En el caso *Bear Stearns*, el tribunal consideró la posibilidad de reconocer el procedimiento en las Islas Caimán como procedimiento no principal. El tribunal dictaminó que para poder hacerlo tenía que haber un “establecimiento” en las Islas Caimán que tuviera una actividad económica de forma no transitoria, es decir, un centro local de operaciones. El baremo para evaluar este hecho, en opinión del tribunal, tenía que ser especialmente exigente habida cuenta de la prohibición legal de que las “empresas exentas” operaran en las Islas Caimán salvo para realizar operaciones fuera de las Islas Caimán. El tribunal dictaminó que no había en las Islas Caimán ninguna actividad económica local (pertinente) que se llevara a cabo de forma no transitoria; las actividades que había eran únicamente las necesarias para el “negocio” del deudor en el extranjero. Además, todos los fondos en depósito habían sido transferidos a las Islas Caimán después de haberse iniciado el procedimiento.

40. El tribunal de apelación confirmó la decisión del tribunal inferior y además aclaró que las actividades de auditoría realizadas para preparar la documentación de la constitución de la empresa no representaban “operaciones” ni “actividad económica” a los efectos de satisfacer los requisitos de la definición de “establecimiento”, como tampoco lo hacían las investigaciones realizadas por los liquidadores provisionales para establecer si se podían eludir las operaciones anteriores⁵¹.

⁴⁹ M. Virgos y E. Schmit, Report on the Convention on Insolvency Proceedings, preparado antes de que el Convenio se abriera a la firma el 23 de noviembre de 2005. Aunque este Convenio nunca entró en vigor, en general se acepta el Informe como una ayuda para la interpretación de los distintos términos utilizados en él, en especial la expresión “centro de sus principales intereses”. Véase <http://global.abi.org/articles/virgos-schmit-report-convention-insolvency-proceedings-now-re>.

⁵⁰ Id., párr. 7.1.

⁵¹ *Bear Stearns* (en apelación), pág. 339.

41. En el caso *British American Insurance*, el tribunal citó el caso *Bear Stearns* al referirse al requisito de que haya una “sede para una actividad económica local”, concluyendo que los términos “actividad económica” y “operaciones” exigían que se demostrara una repercusión local en el mercado, y no sólo una simple constitución y mantenimiento de unas cuentas, o el simple mantenimiento de la propiedad. El tribunal dictaminó que el deudor no tenía un establecimiento en las Bahamas, donde no tenía más actividades mercantiles que las que estaba realizando el representante de la insolvencia en virtud de su nombramiento, que incluía mantener el abogado y los contables, investigar los activos y pasivos e informar a los tribunales de Bahamas. El tribunal también se refirió al caso *Lavie v. Ran*, en el que el tribunal dictaminó que no bastaba para cumplir el requisito de que hubiera una actividad económica que estuviera abierto un procedimiento de insolvencia⁵².

b) Establecimiento de una persona física deudora

42. En el caso *In the matter of Yuval Ran*, el tribunal de apelación consideró la cuestión del establecimiento desde el punto de vista de una persona física deudora. El tribunal de apelación dictaminó que el momento al que había que remitirse para analizar si el deudor tenía un establecimiento en Israel era el momento en que se había presentado la solicitud de reconocimiento. Tras señalar la fuente de la definición de establecimiento según la Ley Modelo, el tribunal indicó que “si se equipara el centro principal de operaciones de una empresa con la residencia principal o habitual de la persona física deudora, cabe también pensar que se puede equiparar el lugar de las operaciones con la residencia secundaria del deudor o también quizá con un lugar de empleo en el país donde el demandado pretende que tiene un establecimiento”⁵³. El tribunal dictaminó que no era ese el caso y que el deudor no tenía ninguna actividad económica no transitoria allí, aunque hubiera pruebas de una actividad económica anterior. El demandado alegó que las deudas existentes y el procedimiento de insolvencia abierto en Israel constituían un “establecimiento” a los efectos del reconocimiento. El tribunal dictaminó que un procedimiento de insolvencia, por definición, era una actividad transitoria y, por lo tanto, era imposible permitir que sirviera de base para determinar la existencia de una actividad económica no transitoria, ya que contradiría el sentido corriente de los términos de la ley. El tribunal concluyó que la existencia en Israel de un procedimiento de insolvencia y de deudas no permitía reconocer el procedimiento abierto en Israel como procedimiento no principal⁵⁴.

c) Cuestiones que deben considerarse

43. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si serían aconsejables nuevas explicaciones o aclaraciones del término “establecimiento”.

⁵² *British American Insurance*, págs. 914 y 915.

⁵³ *In the matter of Yuval Ran* (2010), pág. 16.

⁵⁴ *Id.*, págs. 17 y 18.

Anexo

Lista de casos citados

Bear Stearns Hi-Grade Structured Credit Strategies Master Fund Ltd

374 B.R. 122 (Bankr. S.D.N.Y., septiembre de 2007); [CLOUT 760]; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, párrs. 45 a 48

Bear Stearns (en apelación)

389 B.R. 325 (S.D.N.Y., mayo de 2008); [CLOUT 794]; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, párrs. 45 a 48

In re Betcorp Ltd

400 B.R. 266 (Bankr. D. Nev. 2009); [CLOUT 927]

In re Board of Directors of Multicanal S.A.

314 B.R. 486 (Bankr. S.D.N.Y., agosto de 2004)

In re British American Insurance Company Limited

425 B.R. 884 (Bankr. S.D. Flor, marzo de 2010); [CLOUT 1008]

In re Daisy Tek-ISA Ltd

[2003] B.C.C. 562 (Ch D) (Leeds District Registry); A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, párrs. 13 a 15

Re ENERGOTECH SARL

[2007] B.C.C. 123 (Ch); A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, párrs. 26 y 27

In re Ephedra Products Liability Litigation

349 B.R. 333 (Bankr. S.D.N.Y. 2006); [CLOUT 765]

In re Ernst & Young, Inc (Klytie's)

383 B.R. 773 (Bankr. D. Colo 2008); [CLOUT 790]; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, párrs. 51 a 54

Re Eurofood IFSC Ltd

[2006] ECR 1-3813; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, párrs. 17 a 23

Eurotunnel Finance, Ltd

Tribunal de commerce de Paris, 2 de agosto de 2006; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, párrs. 28 y 29

In re Fairfield Sentry Limited, et al

Case 10-13164, United States Bankruptcy Court, Southern District of New York, 22 de julio de 2010

In re Gold & Honey, Ltd

410 B.R. 357 (Bankr. E.D.N.Y. 2009); [CLOUT 1005]; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, párrs. 64 y 65

Gookseung I

Tribunal del Distrito Central de Seúl, Corea, 22 de enero de 2007; [CLOUT 1000]

Hans Brochier Holdings Ltd v Exner

[2007] BCC 127

Hellas Telecommunications (Luxembourg) II SCA

[2009] EWHC 3199 (Ch)

Hertz Corp. v Friend et al,

United States Supreme Court, 130 S.Ct. 1181 (2010)

In Re Innua Canada Ltd

2009 WL 1025090

In re Metcalfe and Mansfield Alternative Investments, et al

421 B.R. 683 (Bankr. S.D.N.Y., enero de 2010); [CLOUT 1006]

MPOTEC GmbH

[2006] B.C.C. 681 (Trib Gde Inst (Nanterre); A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, párrs. 24 y 25

In the matter of Yuval Ran, Lavie v Ran

United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, 27 de mayo de 2010

Lavie v Ran

406 B.R. 277 (marzo de 2009); [CLOUT 929] y

In re Yuval Ran

390 B.R. 257 (Bankr. S.D. Texas, junio de 2008)

Rubin v Eurofinance SA

[2009] EWHC 2129

En apelación, [2010] EWCA Civ 895

In re Schefenacker PLC

United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, 14 de junio de 2007 (pendiente de notificación); [CLOUT 767]

Shierson v Vlieland-Boddy

[2005] EWCA Civ 974

In Re Stanford International Bank Ltd

[2009] EWHC 1441 (Ch) [CLOUT 923]

En apelación, [2010] EWCA Civ 137 [CLOUT 1004]; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, párrs. 55 a 60

Re Staubitz-Schreiber

Case C-1/04, [2006] BPIR 510

In re Tradex Swiss AG

384 B.R. 34 (Bankr. D. Mass 2008); [CLOUT 791]; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, párrs. 36 y 37