

**Asamblea General**

Distr. limitada
1 de septiembre 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

**Material relativo a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la
Insolvencia Transfronteriza destinado a jueces**

**La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia
Transfronteriza: la perspectiva judicial**

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
II. Interpretación y aplicación de la Ley Modelo (<i>continuación</i>)	56-114	2
C. El proceso de reconocimiento de un procedimiento extranjero.	56-114	2
1. Introducción	56-65	2
2. Procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo	66-70	4
3. Sujetos al control o a la supervisión del “tribunal extranjero”	71-74	5
4. Procedimiento “principal”: el centro de los principales intereses	75-110	6
5. Procedimiento no principal - el “establecimiento”	111-114	16

(*Continúa en el documento A/CN.9/WG.V/WP.97/Add.2*)



II. Interpretación y aplicación de la Ley Modelo (*continuación*)

C. El proceso de reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. Introducción

56. Para que un procedimiento sea declarado “procedimiento extranjero” el representante extranjero tendrá que persuadir al tribunal receptor de que el procedimiento de que se trate es¹:

a) Un procedimiento colectivo (provisional o definitivo) de carácter judicial o administrativo en un Estado extranjero;

b) Se ha iniciado con arreglo a una ley relativa a la insolvencia en virtud de la cual los bienes y negocios del deudor queden sujetos al control o a la supervisión de un tribunal extranjero;

c) Tiene por finalidad la reorganización o liquidación de esos bienes y negocios.

57. Si se descompone la definición de “procedimiento extranjero” en sus elementos, se verá que las dudas que pueda haber se centran en el significado de los términos “procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo”, el carácter de “una ley relativa a la insolvencia” y si existe “control o supervisión del tribunal extranjero”. Estos conceptos remiten a cuestiones de procedimiento y lógicamente tienen que ser aclarados antes de que pueda entrarse a decidir si el “procedimiento extranjero” es un procedimiento “principal” o “no principal”².

58. Si el tribunal receptor considera que existe un “procedimiento extranjero” pasa a considerar qué rango se atribuye a ese procedimiento. La definición de los términos “procedimiento extranjero principal” y “procedimiento extranjero no principal” se encuentra en el artículo 2.

59. Para determinar si un procedimiento extranjero (contra una empresa deudora) se debe considerar “principal”, lo fundamental es establecer si se sigue “en un Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses”³. De tratarse de una persona física, el “centro de sus principales intereses” se considera equivalente a la “residencia habitual” de la persona⁴.

60. Para establecer la existencia de un “procedimiento no principal” se necesita probar una conexión menos intensa con el Estado en el que se haya abierto el procedimiento extranjero, a saber, que el deudor tenga un “establecimiento” en él. El término “establecimiento” se define como “todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos

¹ Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 2.a), definición de “procedimiento extranjero”.

² *Ibid.*, artículo 17.2, del que deriva la necesidad de determinar qué rango tiene el procedimiento extranjero que reconoce el tribunal receptor.

³ Para un análisis detallado véanse los párrs. 75 a 110 *infra*.

⁴ Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 16.3, en el que se establece una presunción del lugar donde se encuentra el “centro de los principales intereses” tanto de las personas jurídicas como de las personas físicas. Véanse los párrs. 58 y 81 a 104 *infra*. Para un análisis de los términos “residencia habitual” en este contexto véase *Re Stojevic* [2007] BPIR 141, párrs. 56 y 57.

y bienes o servicios”⁵. Los términos “de forma no transitoria” hacen referencia no solo a la duración de la actividad económica pertinente sino también a los locales en los que se ejerza la actividad.

61. Como antes se indicó⁶, la decisión de reconocer un procedimiento como “principal” o como “no principal” tiene importantes ramificaciones. El reconocimiento de un procedimiento extranjero como procedimiento “principal” significa automáticamente la adopción de unas medidas inmediatas que suponen paralizar las diversas acciones y medidas de ejecución que se hubieran podido iniciar en la jurisdicción del tribunal receptor de no ser por ellas⁷. Por otro lado, el representante extranjero nombrado en un procedimiento “no principal” solo puede optar a medidas otorgables a discreción del tribunal⁸.

62. En lo que respecta a la prueba, el tribunal receptor está facultado para:

- a) Presumir que las resoluciones o los certificados de los que se trata en el artículo 15, párrafo 2, son auténticos⁹;
- b) Presumir que todos los documentos que le sean presentados en apoyo de la solicitud de reconocimiento son auténticos, estén o no “legalizados”¹⁰;
- c) Presumir “salvo prueba en contrario” que “el domicilio social del deudor o su residencia habitual, si se trata de una persona natural”, es el centro de sus principales intereses¹¹.

63. Por lo general, para establecer si un “procedimiento extranjero” reúne las características que permiten considerarlo un procedimiento “principal” habrá de recurrirse a un examen pericial de la legislación interna pertinente del Estado en el que se haya iniciado el procedimiento. La decisión sobre la existencia de un “establecimiento” (para fundamentar la existencia de un procedimiento no principal) se plantea como una cuestión de hecho. Dependiendo de la legislación nacional aplicable, el tribunal receptor podrá basarse, si no dispone de un dictamen pericial, en copias de las leyes y en otras ayudas para la interpretación a fin de determinar el carácter del tipo concreto de procedimiento de insolvencia de que se trate¹².

64. Algunos de los casos en los que se consideró el significado de “procedimiento extranjero”, “procedimiento extranjero principal” y “procedimiento extranjero no principal” afectaban a miembros de grupos empresariales. La Ley Modelo centra su interés en las entidades individuales, no en las estructuras de grupo¹³. A los efectos de la Ley Modelo todos y cada uno de los miembros de un grupo empresarial son una entidad jurídica distinta.

⁵ Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 2 f), y párrs. 111 a 114 *infra*.

⁶ Véase el párr. 52.

⁷ Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 20. Véanse también los párrs. 126 a 133 *infra*.

⁸ *Ibid.*, artículo 21. Véanse también los párrs. 134 a 151 *infra*.

⁹ *Ibid.*, artículo 16.1.

¹⁰ *Ibid.*, artículo 16.2.

¹¹ *Ibid.*, artículo 16.3.

¹² Como ilustración de este enfoque cabe citar el caso *Betcorp*, en el que el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos recurrió a los memorandos de acompañamiento de los proyectos de ley que los explican y que se preparan para ayudar al Parlamento a entender el objetivo y la estructura de la legislación considerada. Estos memorandos pueden ser utilizados por un tribunal como ayuda para resolver ambigüedades del texto, pero el tribunal no está obligado a hacerlo.

¹³ Véase también *Eurofood*, párr. 37.

65. Salvo prueba en contrario, el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal constituirá prueba válida de que el deudor es insolvente a los efectos de la apertura de un procedimiento con arreglo a las leyes del Estado en el que se haya otorgado el reconocimiento¹⁴.

2. Procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo

66. La Ley Modelo de la CNUDMI se elaboró de forma que solo fuera aplicable en determinados tipos de procedimientos de insolvencia. La idea de un procedimiento de insolvencia “colectivo” se basa en la conveniencia de que un solo representante de la insolvencia controle la realización de los bienes con el fin de proceder a una distribución equitativa entre todos los acreedores (con sujeción a las prioridades que establezcan las leyes internas), y se distingue del procedimiento destinado a ayudar a un determinado acreedor a obtener el pago de su deuda o de un proceso destinado a servir fines distintos del simple tratamiento de la insolvencia del deudor, al margen de los bienes concretos de este.

67. Dentro de los parámetros de la definición de “procedimiento extranjero” pueden reconocerse diversos tipos de procedimientos colectivos. Se prevé que algunos de estos procedimientos sean obligatorios y otros voluntarios. Algunos podrán referirse a la liquidación de los bienes de un deudor, otros podrán centrarse en la reorganización de los negocios del deudor. La Ley Modelo también incluye los procedimientos en los que el deudor (sea una empresa o una persona física) conserva cierto control sobre sus bienes, aun cuando haya de actuar bajo la supervisión de un tribunal o de otro órgano competente¹⁵.

68. Es posible que se solicite a un juez que determine si un procedimiento de insolvencia determinado es un procedimiento “colectivo” sometido a la Ley Modelo. Algunos ejemplos pueden ser útiles.

69. En el caso *Betcorp*, en el que se consideraba un procedimiento de liquidación voluntaria iniciado de conformidad con la legislación australiana, un tribunal estadounidense dictaminó que se trataba de un procedimiento administrativo incluido en el ámbito de la Ley Modelo. El requisito de que se tratara de un procedimiento “colectivo” se consideró que se cumplía porque la liquidación voluntaria suponía la realización de bienes en beneficio de todos los acreedores¹⁶. En el caso *Gold & Honey*, en el que se consideraba un procedimiento de administración judicial iniciado bajo las leyes de Israel, un tribunal de los Estados Unidos dictaminó que no se trataba de un procedimiento de insolvencia ni de un procedimiento colectivo, basándose para ello en que no se requería que los síndicos consideraran los derechos y obligaciones de todos los acreedores y en que su objetivo principal era permitir que una determinada parte cobrara sus deudas¹⁷. En el caso *British American Insurance*, el tribunal coincidió con los tribunales de los casos *Betcorp* y *Gold & Honey* en el significado de “colectivo”, señalando que los procedimientos de este tipo permitían considerar, y eventualmente aceptar,

¹⁴ Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 31.

¹⁵ Guía para la incorporación, párr. 24. Por ejemplo, los denominados deudores en posesión.

¹⁶ *Betcorp*, pág. 281.

¹⁷ *Gold & Honey*, pág. 370.

las alegaciones de acreedores de distinto tipo, y al mismo tiempo abrían la posibilidad de que los acreedores intervinieran en el procedimiento extranjero¹⁸.

70. En el caso *Stanford International Bank*, el tribunal inglés dictaminó que un mandamiento de administración judicial dictado por un tribunal estadounidense no era un procedimiento colectivo con arreglo a una ley relativa a la insolvencia. El tribunal receptor dictaminó que el mandamiento se había otorgado después de la intervención de la Comisión de Valores y Bolsa de los Estados Unidos (SEC) para “impedir un fraude masivo”. El objetivo del mandamiento era impedir que los inversores sufrieran una pérdida, y no reorganizar la sociedad o realizar bienes en beneficio de todos los acreedores¹⁹. Esta opinión fue corroborada en apelación, en gran medida por los mismos motivos aducidos por el tribunal inferior inglés²⁰.

3. Sujetos al control o a la supervisión del “tribunal extranjero”

71. La definición de “tribunal extranjero”²¹ no establece ninguna diferencia entre un procedimiento de organización y un procedimiento de liquidación controlado o supervisado por un órgano judicial o administrativo. Este enfoque se adoptó para asegurarse de que los regímenes jurídicos en los que el control o la supervisión son ejercidos por órganos no judiciales estuvieran incluidos en el ámbito de la definición de “procedimiento extranjero”²².

72. La idea de “control o supervisión” ha recibido escasa atención judicial hasta el momento. Solo hay dos enfoques posibles, el primero de los cuales se adoptó en el caso *Betcorp*. A pesar de que el tipo de procedimiento para el que se había solicitado el reconocimiento se había iniciado, sin intervención judicial, mediante una votación de la empresa en cuestión, el tribunal dictaminó que cumplía el requisito de “control o supervisión”²³ basándose para ello en la supervisión administrativa o judicial de los liquidadores responsables de la administración del procedimiento colectivo en nombre de todos los acreedores. El juez sostuvo que la Comisión de Valores y Bolsa de Australia era responsable de la supervisión de los liquidadores en el desempeño de sus funciones, podía exigir a los liquidadores que obtuvieran permiso antes de realizar ciertos actos (por ejemplo, la destrucción de libros y archivos) y estaba facultada para revocar el nombramiento de una persona como liquidador. Sobre esa base, el juez consideró que la Comisión de Valores y Bolsa de Australia era “un órgano competente para controlar y supervisar un procedimiento extranjero” a los efectos de la definición de “procedimiento extranjero” de la Ley Modelo de la CNUDMI²⁴.

73. La segunda posibilidad es considerar que la existencia de un régimen regulador no significa, por sí misma, que haya un control o una supervisión de los bienes y negocios del deudor, en particular si los poderes atribuidos al regulador se

¹⁸ *British American Insurance*, pág. 902.

¹⁹ *Stanford International Bank*, párrs. 73 y 84.

²⁰ *Stanford International Bank Ltd* (en apelación), párrs. 26 y 27.

²¹ Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 2 e).

²² Guía para la incorporación, párr. 74.

²³ Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 2 a).

²⁴ *Betcorp*, pág. 284. En apoyo de este fallo el juez citó el caso *Tradex Swiss AG* 384 BR 34 at 42 (2008), en el que la Comisión Federal de Banca de Suiza fue considerada un “tribunal extranjero” porque controlaba y supervisaba la liquidación de entidades dedicadas a la intermediación bancaria.

limitan a velar por el desempeño correcto de sus funciones por los representantes de la insolvencia, y no abarcan la supervisión de los procedimientos de insolvencia particulares.

74. El tribunal del caso *Betcorp*, además de la conclusión anterior con respecto al regulador, dictaminó que ese procedimiento de liquidación voluntaria estaba sometido a la supervisión de una autoridad judicial: los tribunales australianos. Esa opinión se basaba en tres factores: a) la capacidad de los liquidadores y los acreedores en una liquidación voluntaria de pedir la intervención de un tribunal para resolver cualquier cuestión que se plantee durante esa liquidación; b) la jurisdicción general de los tribunales australianos sobre la supervisión de los actos de los liquidadores; y c) la capacidad de cualquier persona “agraviada por cualquier acto, omisión o decisión” de un liquidador de apelar a un tribunal australiano, el cual podrá “confirmar, revocar o modificar el acto o decisión, o corregir la omisión, según proceda”²⁵.

4. Procedimiento “principal”: el centro de los principales intereses

75. Cuando el deudor sea una empresa, el tribunal receptor tendrá que determinar si el “centro de los principales intereses [del deudor]” está ubicado dentro del Estado en el que se entabló el procedimiento extranjero para reconocer a este la calificación de “principal”²⁶. Para aclarar esta cuestión, quizá sirva de ayuda a los jueces examinar el origen del concepto de “centro de los principales intereses” y la forma en que se ha aplicado en los casos resueltos.

76. En lo que respecta a la Ley Modelo de la CNUDMI, en su debate se adoptó deliberadamente la decisión de no definir el “centro de los principales intereses”. La idea fue extraída del Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia de la Unión Europea (el Convenio Europeo), por motivos de coherencia²⁷. Cuando la Ley Modelo se ultimó, el Convenio Europeo no había entrado en vigor, y posteriormente este Convenio quedó sin efecto al no haber sido ratificado por todos los Estados Miembros²⁸.

77. A continuación, para resolver las cuestiones que planteaban las insolvencias transfronterizas dentro de la Unión Europea, el 29 de mayo de 2000 se aprobó el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo sobre procedimientos de insolvencia (el Reglamento (CE)), que vincula a todos los Estados miembros (salvo Dinamarca) de la Unión Europea. Las ideas de “procedimiento principal” y “centro de los principales intereses” proceden del texto de este Reglamento (CE)²⁹. A diferencia de la disposición correspondiente de la Ley Modelo de la CNUDMI, la disposición del Reglamento (CE) subraya la necesidad de que el centro de los principales intereses “pueda ser averiguado por terceros”³⁰. En la Guía para la incorporación se indica que la noción de “centro de los principales intereses” refleja la formulación del

²⁵ *Betcorp*, págs. 283 y 284.

²⁶ Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 2 b).

²⁷ Véase la Guía para la incorporación, párr. 31; véase también el artículo 3 del Convenio Europeo.

²⁸ Para más información sobre estos antecedentes véanse las opiniones del Abogado General en el caso *Re Staubitz-Schreiber* [2006] ECR I-701 y *Eurofood*, párr. 2. Para un análisis más amplio véase Moss, Fletcher e Isaacs, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A Commentary and Annotated Guide* (2ª ed., 2009, Oxford University Press), párrs. 1.01 a 1.25.

²⁹ Reglamento (CE), párrafos introductorios 12) y 13), que se reproducen más adelante.

³⁰ *Ibid.*, párrafo introductorio 13).

artículo 3 del Convenio Europeo y se admite que es aconsejable contribuir “al consenso que se va formando sobre la noción de procedimiento ‘principal’”³¹. Aunque los conceptos utilizados en los dos textos sean semejantes, su finalidad es distinta. La determinación del “centro de los principales intereses” conforme al Reglamento (CE) interesa para establecer en qué jurisdicción debe iniciarse el procedimiento principal. Según la Ley Modelo, la determinación del “centro de los principales intereses” tiene interés para establecer los efectos del reconocimiento, entre los que destacan las medidas que pueden adoptarse para colaborar en el desarrollo del procedimiento extranjero.

78. Los párrafos introductorios 12) y 13) del Reglamento (CE) establecen lo siguiente:

“12) El presente Reglamento permite que los procedimientos principales de insolvencia se incoen en el Estado miembro en que el deudor tenga su centro de intereses principales. Dichos procedimientos tienen alcance universal y su objetivo es abarcar todos los bienes del deudor. Con objeto de proteger la diversidad de intereses, el presente Reglamento permite que se incoen procedimientos secundarios paralelamente al procedimiento principal. Podrán incoarse procedimientos secundarios en el Estado miembro en que el deudor tenga un establecimiento. Los efectos de los procedimientos secundarios están limitados a los bienes situados en dicho Estado. Unas disposiciones imperativas de coordinación con el procedimiento principal satisfacen la necesidad de unidad dentro de la Comunidad³².

13) El “centro principal de intereses” debería corresponder al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros.”

79. Con anterioridad a la ratificación del Convenio por todos los Estados Miembros, se preparó un informe explicativo del mismo (el Informe Virgós-Schmit)³³. En ese Informe se ofrecía una orientación sobre el concepto de “procedimiento de insolvencia principal” y, a pesar de que el Convenio nunca haya entrado en vigor, en general se acepta que dicho Informe es una ayuda para la interpretación de la expresión “centro de sus principales intereses” que se utiliza en el Reglamento (CE).

80. En el informe Virgós-Schmit se explica el concepto de “procedimiento de insolvencia principal” del siguiente modo:

³¹ Guía para la incorporación, párr. 31. Véase A/52/17, párr. 153, donde se indica que “... su interpretación [de las palabras “centro de los principales intereses”] en el contexto de ese Convenio también sería útil en el contexto de [la Ley] Modelo”. Debe observarse que el Reglamento (CE) no define el centro de los principales intereses – véase el párrafo introductorio 13) *infra*.

³² En el Reglamento (CE) se habla de procedimientos secundarios mientras que en la Ley Modelo se utiliza la denominación de procedimientos no principales. Los procedimientos secundarios según el Reglamento (CE) son procedimientos de liquidación: artículo 3.3.

³³ M. Virgós y E. Schmit, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, preparado antes de que se abriera el Convenio a la firma el 23 de noviembre de 1995. El Informe puede obtenerse en línea en la dirección http://global.abi.org/sites/global.abi.org/files/insolvency_report.pdf.

“73. Procedimiento de insolvencia principal

El párrafo 1 del artículo 3 permite abrir un procedimiento de insolvencia principal de alcance universal en el Estado contratante en el que el deudor tenga el centro de sus principales intereses. El procedimiento de insolvencia principal tiene un ámbito universal. Su finalidad es abarcar todos los bienes del deudor en todo el mundo y afectar a todos los acreedores con independencia del lugar donde se encuentren.

En el ámbito territorial del Convenio solo podrá abrirse un procedimiento principal.

...

75. Se ha de interpretar que el concepto de “centro de los principales intereses” designa el lugar desde donde el deudor administra sus intereses de forma ordinaria, que por lo tanto puede ser averiguado por terceros.

No es difícil explicar el motivo de esta norma. La insolvencia es un riesgo previsible. Por tanto, es importante que la jurisdicción se establezca a escala internacional en un lugar conocido por los posibles acreedores del deudor (como veremos, ello supone que se aplique el régimen de la insolvencia del correspondiente Estado contratante). De tal modo, podrán calcularse los riesgos jurídicos que se asumen en caso de insolvencia.

El propósito de utilizar el término “intereses” es abarcar no solo las actividades comerciales, industriales o profesionales sino también las actividades económicas en general de forma que se incluyan las actividades de personas físicas (por ejemplo, consumidores). El término “principales” establece el criterio que ha de utilizarse para dirimir los casos en los que los intereses representen actividades de distinto tipo y gestionadas desde distintos centros.

En principio, el centro de los principales intereses de un profesional será el lugar donde tenga su domicilio profesional, y el de las personas físicas en general, el lugar de su residencia habitual.

En lo que respecta a las empresas y las personas jurídicas, el Convenio presume, salvo prueba en contrario, que el centro de los principales intereses del deudor es su domicilio social. Este lugar coincide normalmente con el lugar donde el deudor tiene su oficina principal.”

81. Actualmente se han dictado ya varios fallos judiciales en los que se analiza el significado de la frase “centro de los principales intereses”, tanto en aplicación del Reglamento (CE) como en aplicación de leyes internas basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI. Pueden señalarse algunas sutiles diferencias de enfoque, pero es posible que esas diferencias sean más aparentes que reales.

82. El fallo más importante dictado en aplicación del Reglamento (CE) es el referente al caso *Eurofood*, derivado de un litigio entre un tribunal irlandés y otro italiano sobre la cuestión de si una empresa filial insolvente con un domicilio social ubicado en un Estado distinto del de la empresa matriz tenía el “centro de sus principales intereses” en el Estado donde tenía su sede social o donde estaba su empresa matriz.

83. Para responder a esa cuestión, el Tribunal Europeo de Justicia tuvo que determinar el grado de firmeza de la presunción de que la sede social se considera el centro de los principales intereses de una empresa concreta. A los efectos del Reglamento (CE) esa presunción está establecida en el párrafo 1 del artículo 3³⁴:

Artículo 3

Competencia internacional

“1. Tendrán competencia para abrir el procedimiento de insolvencia los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor. Respecto de las sociedades y personas jurídicas, se presumirá que el centro de los intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social.”

84. El Tribunal dictaminó que “cuando se quiera determinar cuál es el centro de los principales intereses de una sociedad deudora, la presunción *iuris tantum* que establece el legislador comunitario en favor del domicilio social ... solo 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”³⁵.

85. Al considerar esta presunción, el Tribunal dictaminó que podía ser refutada en el caso de una empresa “fantasma” que no ejercía ninguna actividad en el territorio del Estado en el que tenía su domicilio social³⁶. En cambio, sostuvo que “el mero hecho” de que una sociedad matriz decidiera por motivos económicos (por ejemplo, por motivos fiscales) dónde podía ubicarse el domicilio social de una filial no bastaba para desvirtuar la presunción³⁷.

86. 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. En el caso *SPhinX*, en cambio, el tribunal de primera apelación de los Estados Unidos adoptó un punto de vista más amplio que el tribunal del caso *Eurofood* sobre la facultad de determinar el centro de los principales intereses.

87. En el capítulo 15 del Código de Quiebras de los Estados Unidos (el capítulo en el que se incorpora la Ley Modelo de la CNUDMI) se había cambiado, en la versión inglesa, la formulación de la presunción y en lugar de “proof to the contrary” se había utilizado “evidence to the contrary”³⁸. Los antecedentes legislativos de este cambio sugieren que se trataba de reflejar una terminología, a saber, que la forma en que se utilizaba el término “evidence” en los Estados Unidos quizá reflejara más estrechamente el término “proof” que se utilizaba en otros Estados anglófonos³⁹. Los fallos de los tribunales de los Estados Unidos sobre el caso *SPhinX* y otros casos posteriores se han de leer teniendo en cuenta este contexto.

³⁴ Compárese con el artículo 16, párr. 3, de la Ley Modelo de la CNUDMI. Véase también Virgós-Schmit, párr. 76.

³⁵ *Eurofood*, párr. 34.

³⁶ *Ibid.*, párr. 35.

³⁷ *Ibid.*, párr. 36. En el párr. 37 de esta sentencia se ofrece un resumen completo de las conclusiones del Tribunal sobre esta cuestión.

³⁸ Artículo 1516 c) del Código de Quiebras de los Estados Unidos: “[en] ausencia de pruebas en contrario, la sede social del deudor ... se presume que es el centro de los principales intereses del deudor”.

³⁹ HR Rep No 31, 109th Cong, 1st Session 1516 (2005).

88. El caso *SPhinX* estuvo motivado por la petición de los representantes provisionales de la insolvencia de una empresa registrada en las Islas Caimán de que se reconociera el procedimiento iniciado bajo este régimen como “procedimiento principal”. El fallo sobre el caso *SPhinX* sugiere que la constatación de que se había buscado de forma indebida el foro más favorable podía ser un factor a tener en cuenta para determinar el centro de los principales intereses de la empresa deudora. El tribunal de apelación señaló que⁴⁰:

“Colectivamente, estos fines inadecuados y análisis de réplica, combinados con unas consideraciones pragmáticas, llevaron al Tribunal de Quiebras a concluir que, dada la multitud de factores objetivos que indicaban que las Islas Caimán no eran el CPI del deudor, y dado que no parecía que pudieran derivar consecuencias negativas del reconocimiento del procedimiento en las Islas Caimán como procedimiento no principal, esta decisión era la mejor.

En general, el Tribunal de Quiebras había obrado adecuadamente al considerar los factores que consideró, mantener su flexibilidad y llegar a una solución pragmática apoyada en los hechos constatados. No se ha citado ninguna opinión autorizada en contrario.”

89. 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. Una vez más, el procedimiento cuyo reconocimiento se pedía se refería a una empresa registrada en las Islas Caimán que estaba sometida en esa jurisdicción a un procedimiento de liquidación provisional.

90. El tribunal puso de manifiesto el motivo del cambio que se había introducido en la presunción prevista en la legislación de los Estados Unidos, es decir, la sustitución de “proof” por “evidence”. Refiriéndose a los antecedentes legislativos de esta disposición, el juez dijo lo siguiente:

“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 ello⁴¹.”

91. El juez dictaminó que este 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”. Y añadió que esta “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 real⁴².

92. El tribunal del caso *Bear Stearns* se refirió también a la carga de presentar las pruebas pertinentes para rebatir la presunción. El tribunal consideró que correspondía al representante extranjero que quisiera obtener el reconocimiento la carga de demostrar que el centro de los principales intereses del deudor está en otro lugar distinto de aquel donde tiene su sede social⁴³. En ese caso concreto, el tribunal consideró que la presunción había quedado desvirtuada por las pruebas presentadas

⁴⁰ *SPhinX*, pág. 21.

⁴¹ Véase la nota 104.

⁴² *Bear Stearns*, pág. 128.

⁴³ *Ibid.*, pág. 128.

por el representante extranjero en apoyo de su petición. Todas las pruebas apuntaban a que el centro principal del negocio estaba en los Estados Unidos.

93. El tribunal estadounidense, después de analizar el fallo sobre el caso *Eurofood*, indicó que, en su opinión, el lugar donde el deudor lleva la administración de sus intereses de forma ordinaria y que por consiguiente es averiguable por los terceros responde por lo general al concepto de “centro principal de las operaciones” en términos de la legislación estadounidense⁴⁴. Más recientemente, los términos “centro principal de las operaciones” han sido definidos por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Hertz Corp v. Friend* como el “centro neurálgico” a los efectos de determinadas leyes⁴⁵. El mismo planteamiento parece haberse seguido en el caso *Fairfield Sentry*, a los efectos de la Ley Modelo⁴⁶.

94. El fallo sobre el caso *Bear Stearns* fue recurrido sobre la base de que no se habían “reconocido” los principios de cortesía y de cooperación y de que el juez supuestamente había interpretado de forma errónea la presunción. En apelación, el juez no tuvo dificultad en dictaminar que el principio de cortesía había sido desplazado por el concepto de reconocimiento del procedimiento extranjero. El juez pertinente señaló que había que distinguir entre el “reconocimiento” y las “medidas”. El fallo sobre el caso *Bear Stearns* fue corroborado en el caso *Atlas Shipping*, en el que el tribunal dictaminó que una vez que un tribunal reconoce un procedimiento extranjero principal, el capítulo 15 establece expresamente que el tribunal disponga de un margen de discreción para adecuar, según proceda, las medidas posteriores al reconocimiento de forma compatible con el respeto del principio de cortesía⁴⁷. Este fallo fue corroborado en el caso *Metcalfe and Mansfield*, en el que se había pedido a un tribunal estadounidense que ejecutara unos mandamientos dictados por un tribunal canadiense para que se adoptaran ciertas medidas que eran más amplias que las permitidas por la legislación estadounidense. El tribunal indicó que el principio de cortesía no obligaba a que las medidas otorgadas en el procedimiento extranjero y las otorgadas en los Estados Unidos fueran idénticas. La cuestión fundamental era determinar si el procedimiento extranjero cumplía las normas fundamentales de equidad en los Estados Unidos. El tribunal falló que el procedimiento canadiense cumplía ese requisito⁴⁸.

95. En el caso *SPhinX*, el tribunal de apelación consideró que podía considerarse justo aceptar que la presunción queda desvirtuada si ninguna parte se opone a esa conclusión. En el caso *Bear Stearns*, el tribunal de apelación confirmó la decisión del tribunal inferior en la que se afirmaba que correspondía al representante extranjero rebatir la presunción y que el tribunal tenía por su parte el deber de determinar que tal cosa se había hecho, aun cuando nadie se opusiera a esa presunción⁴⁹.

⁴⁴ *Ibid.*, pág. 129.

⁴⁵ 130 S Ct 1181 (2010).

⁴⁶ *Fairfield Sentry*, pág. 6. El Tribunal Supremo indicó que los tribunales deben centrarse en el lugar donde realmente se produce la coordinación, dirección y control de la sociedad, observando que la ubicación probablemente sea evidente para los particulares que se relacionen con esa sociedad.

⁴⁷ *Atlas Shipping*, pág. 78.

⁴⁸ *Metcalfe and Mansfield*, págs. 697 y 698.

⁴⁹ *Bear Stearns*, pág. 335.

96. En coincidencia con el tribunal inferior, el tribunal de apelación aceptó que el concepto de centro de los principales intereses, y la presunción, derivaban del Convenio Europeo y que el “centro de los principales intereses” equivalía al “centro principal de las operaciones”. El tribunal de apelación confirmó también la lista de factores que se había establecido en el fallo en primera instancia y que debían tenerse en cuenta para dictaminar si el centro de los principales intereses se había establecido de conformidad con la petición de reconocimiento. Estos factores eran⁵⁰:

- a) La ubicación de la sede del deudor;
- b) La ubicación de quienes dirigen la empresa deudora;
- c) La ubicación de los principales bienes del deudor;
- d) La ubicación de la mayoría de los acreedores, o al menos de los que resulten afectados por el caso;
- e) La legislación aplicable en caso de que se plantee un litigio entre el deudor y el acreedor.

97. En el caso *Betcorp*, aunque el centro de los principales intereses de la empresa deudora australiana no parecía discutirse seriamente, 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. En esa indagación se examinan las operaciones, la administración y la gestión del deudor y si un tercero razonable y común puede determinar o averiguar dónde ubica el deudor estas distintas funciones”⁵¹. El juez dictaminó que el momento a considerar para determinar el centro de los principales intereses era el de la presentación de la solicitud de reconocimiento⁵². Esa interpretación parece derivar del tiempo presente que se utiliza para redactar la definición de “procedimiento extranjero principal”. Un problema semejante se plantea en relación con el lugar de un “establecimiento”, atendiendo a la definición de “procedimiento extranjero no principal”. El enfoque del caso *Betcorp* fue seguido en los casos *Yuval Ran* y *British American Insurance*.

98. Los fallos restantes son los dictados en primera instancia y en apelación en el caso *Stanford International Bank*. En este caso intervenía una solicitud de reconocimiento en Inglaterra de un procedimiento abierto en Antigua y en él se consideró si el criterio del “lugar desde donde se desempeñen las funciones administrativas principales”, que se había articulado en fallos anteriores de tribunales ingleses, seguía siendo aplicable teniendo en cuenta el caso *Eurofood*.

99. En primera instancia, y siguiendo el planteamiento del fallo sobre el caso *Eurofood*, el juez aceptó la alegación de que una consideración básica era que el centro de los principales intereses fuera averiguable por terceros⁵³. El juez dictó ese fallo en el ámbito del Reglamento de la Insolvencia Transfronteriza de 2006

⁵⁰ *Bear Stearns*, pág. 128; *Bear Stearns* (en apelación), pág. 336.

⁵¹ *Betcorp*, pág. 292.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Stanford International Bank*, párr. 61.

(que incorporaba la Ley Modelo de la CNUDMI en la legislación de Gran Bretaña), y no en el del Reglamento (CE). Para determinar lo que significaba el término “determinable” el juez se remitió a la información de dominio público y a lo que normalmente llega a conocimiento de un tercero cuando tiene operaciones con el deudor⁵⁴. Al dictaminar de este modo renunció a respetar un anterior fallo suyo en el que había aplicado el criterio de la “ubicación de las funciones de oficina central”⁵⁵.

100. El juez observó que la diferencia de enfoque entre los tribunales estadounidenses y los europeos con respecto a la refutación de la presunción era que los estadounidenses atribuían la carga de la prueba a la persona que pretenda que el procedimiento de que se trate es el “procedimiento principal”, mientras que en el caso *Eurofood* la carga de la prueba se atribuyó a la parte que solicitó la anulación de la presunción⁵⁶.

101. El juez manifestó algunas dudas sobre si los factores enumerados en el caso *Bear Stearns*⁵⁷ habían sido sometidos al requisito de que el centro fuera “averiguable”, indicando que tal requisito se había afirmado en el caso *Eurofood*. Sin embargo, aunque según el tribunal estadounidense la lista concreta de criterios no estuviera sometida a ese requisito, parece plausible que un acreedor informado hubiera podido averiguar, como mínimo, la ubicación de quienes dirigían la empresa deudora, de su sede, del lugar en que podían encontrarse los bienes principales y si el deudor operaba en el mercado interno o internacionalmente⁵⁸. La importancia de la observación del juez de primera instancia en el caso *Stanford International Bank* estriba en la trascendencia que atribuye implícitamente a la necesidad de que se establezca con pruebas qué factores eran averiguables por los terceros que operaban con el deudor.

102. El fallo sobre el caso *Stanford International Bank* fue corroborado en apelación. En el juicio principal, el juez presidente dictaminó que existía una correlación clara entre los términos utilizados en la Ley Modelo de la CNUDMI y los utilizados en el Reglamento (CE) para referirse al “centro de los principales intereses” y a la presunción⁵⁹. Tras analizar los precedentes en los Estados Unidos y en otros países, declaró que el juez de primera instancia había obrado correctamente al respetar la jurisprudencia del caso *Eurofood* y confirmó que la explicación dada en el Informe Virgós-Schmit⁶⁰ (sobre la posibilidad de averiguar la ubicación) era también válida para los procedimientos sometidos a la Ley Modelo. El juez presidente indicó que no consideraba necesario afirmar que en los Estados Unidos se aplicaba un criterio distinto para atribuir la carga de la prueba de los hechos que desvirtúan la presunción, y dejó abierta la cuestión⁶¹.

⁵⁴ *Ibid.*, párr. 62.

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 61.

⁵⁶ *Ibid.*, párrs. 63 y 65.

⁵⁷ Véase el párr. 96 *supra*.

⁵⁸ *Stanford International Bank*, párr. 67. Véase la lista de factores que figura en el párr. 92 *supra*.

⁵⁹ *Stanford International Bank* (en apelación), párr. 39.

⁶⁰ Informe Virgós-Schmit, párr. 75.

⁶¹ *Stanford International Bank* (en apelación), párr. 55.

103. Al juez presidente se sumó otro miembro del tribunal, que se mostró de acuerdo con su razonamiento⁶². El tercer miembro del tribunal, aunque mostró su acuerdo general con las opiniones expresadas por el juez presidente, emitió una opinión particular sobre el criterio de la ubicación de las “funciones de oficina central”⁶³:

“Respetuosamente difiero un poco [del juez presidente] en lo que respecta al criterio que ha de aplicarse para considerar el fallo en primera instancia sobre la ubicación [del centro de los principales intereses]. Lo que el juez ha de hacer es constatar qué actividades se realizaban en cada potencial [centro de los intereses principales] y a continuación preguntarse si esas actividades suponían que se estuvieran desempeñando las funciones de oficina central, para después estimar, en términos cuantitativos y cualitativos, si esas actividades eran más importantes que las realizadas desde la sede social.”

Cabe considerar que estas observaciones sugieren que el tribunal está obligado a juzgar objetivamente, de acuerdo con las pruebas que se le sometan, dónde se encuentra el centro de los principales intereses del deudor, y no a juzgar, basándose en las pruebas correspondientes, qué podían averiguar realmente los acreedores y demás partes interesadas que realizaran operaciones con el deudor en el curso de toda su existencia comercial. Los restantes juicios en apelación sobre el caso *Stanford International Bank* y el fallo sobre el caso *Eurofood* tienden a validar esta última proposición.

104. Si se examinan los casos en los que se aborda la debatida cuestión del “centro de los principales intereses” se verá cómo se plantean los siguientes puntos de conflicto:

- a) ¿A quién corresponde la carga de la prueba de los hechos que desvirtúan la presunción sobre la “sede social”?
- b) ¿Debe interpretarse de forma distinta el “centro de los principales intereses” en la Ley Modelo y en el Reglamento (CE), dado que difieren los objetivos por los que se utiliza ese criterio?
- c) ¿Qué circunstancias determinables objetivamente pueden tenerse en cuenta para dictaminar dónde se encuentra el “centro de los principales intereses”? En particular:
 - i) ¿Debe abordarse la cuestión de la referencia al centro principal de los negocios (o “centro neurálgico”) remitiéndose a lo que quienes hubieran tenido relaciones con la empresa consideraran el lugar donde realmente se producía la coordinación, dirección y control del deudor?
 - ii) ¿Qué factores pueden ser averiguados objetivamente por los terceros en el sentido contemplado en el caso *Eurofood*? En particular, ¿en referencia a qué momento debe realizarse la indagación sobre el centro de los principales intereses: el momento en el que el deudor realizaba operaciones con los terceros, el momento en el que es objeto de un procedimiento colectivo de insolvencia o el momento en el que se produce la audiencia para el reconocimiento?

⁶² Ibid., párr. 159.

⁶³ Ibid., párr. 153.

iii) ¿Puede el tribunal tener en cuenta los intentos del deudor por buscar el foro más favorable desde su perspectiva, cuando determine si debe otorgar el reconocimiento?

d) ¿Qué grado de control judicial o administrativo sobre un “procedimiento extranjero” se necesita para satisfacer ese aspecto de la definición?

105. Cuando un juez interprete la legislación interna basada en la Ley Modelo de la CNUDMI habrá de considerar las cuestiones identificadas, teniendo además en cuenta la jurisprudencia internacional y los factores de orden público pertinentes.

106. Como antes se indicó⁶⁴, en la gran mayoría de los casos es improbable que sea determinante a qué parte se atribuye la carga de la prueba de los hechos que desvirtúen la presunción. Por lo general, las pruebas presentadas por las partes pertinentes muestran claramente si el lugar en el que está situada la sede social es el centro de los principales intereses. Solo en caso de que las pruebas no sean concluyentes será probable que sea determinante a quién corresponde la carga de la prueba de los hechos que desvirtúen la presunción para resolver sobre la solicitud de reconocimiento.

107. Aunque haya diferencias entre los distintos enfoques de la determinación del centro de los principales intereses de un deudor, la tendencia general de la jurisprudencia parece ser favorable a una valoración objetiva de los terceros que operaban con el deudor en el momento pertinente⁶⁵. La cuestión estriba más en la atención que algunas jurisdicciones prestan a factores específicos, como el “centro neurálgico” o la “oficina central” de la entidad particular afectada por la solicitud de reconocimiento.

108. Cuando se plantee una solicitud de reconocimiento, ¿debe estar facultado el tribunal para tener en cuenta que se está cometiendo un abuso del procedimiento como justificación para negar el reconocimiento? Ninguna disposición de la Ley Modelo de la CNUDMI sugiere por sí misma que deban tenerse en cuenta, cuando se solicite un reconocimiento, circunstancias externas, como lo sería el abuso del procedimiento. La Ley Modelo de la CNUDMI prevé que la respuesta a la solicitud venga determinada por los criterios concretos que derivan de las definiciones de “procedimiento extranjero”, “procedimiento extranjero principal” y “procedimiento extranjero no principal”. No obstante, está claro que se planteará un problema si la búsqueda ilegítima del mejor foro da por resultado que un deudor se encuentre en una situación más ventajosa, con el consiguiente perjuicio para los acreedores. La Ley Modelo no impide que los tribunales receptores apliquen la legislación interna, en particular las normas procesales, para hacer frente a cualquier abuso del procedimiento.

109. Como vía alternativa para responder a la preocupación que suscita la búsqueda ilegítima del foro más favorable cabe considerar si se puede rechazar el reconocimiento por motivos de orden público⁶⁶. Desde este punto de vista, la cuestión que plantea la búsqueda ilegítima del foro más favorable se puede abordar en el ámbito más amplio del abuso de los procedimientos judiciales. Cabe considerar que una solicitud de reconocimiento como procedimiento principal constituye un abuso

⁶⁴ Véase el párr. 92 *supra*.

⁶⁵ *Eurofood y Bear Stearns*.

⁶⁶ Véase el análisis de la excepción de orden público en los párrs. 47 a 51 *supra*.

del procedimiento si los responsables de esa solicitud saben que el centro de los principales intereses está en otro lugar y no obstante deciden de forma deliberada trasladar la sede social a un lugar distinto para pretender lo contrario, y/o eliminar información sobre este tema al solicitar el reconocimiento. El enfoque basado en la excepción de “orden público” tiene la ventaja de diferenciar las cuestiones que plantea la indagación previa al reconocimiento y las que plantea el abuso del procedimiento, reflejando así el texto y el espíritu de la Ley Modelo de la CNUDMI.

110. En el caso *Gold & Honey*, un tribunal estadounidense negó el reconocimiento de un procedimiento israelí por motivos de orden público. Tras haberse iniciado en los Estados Unidos un procedimiento de liquidación y tras haberse dictado la paralización automática se recibió una orden de administración judicial dictada en Israel para una empresa deudora. El juez rechazó el reconocimiento del procedimiento porque significaría “recompensar y legitimar [la] violación tanto de la paralización automática como [de las órdenes posteriores del tribunal] referentes a la paralización”⁶⁷. Dado que el reconocimiento “obstaculizaría gravemente la capacidad de los tribunales de quiebras de los Estados Unidos de aplicar dos de las políticas y propósitos más fundamentales de la paralización automática, a saber, impedir que un acreedor obtenga un beneficio frente a otros acreedores y prever la distribución eficaz y ordenada de los bienes del deudor entre todos los acreedores teniendo en cuenta su respectiva prelación”⁶⁸, el juez consideró que se había satisfecho el alto nivel de exigencia requerido para fundamentar una excepción por razones de orden público.

5. Procedimiento no principal - el “establecimiento”

111. Para que se reconozca un procedimiento como “procedimiento no principal” el deudor ha de tener “un establecimiento” en la jurisdicción extranjera. El término “establecimiento” está incluido en la definición de la Ley Modelo de la CNUDMI del “procedimiento extranjero no principal”, pero también se utiliza en el Reglamento (CE) para ayudar a los tribunales de los Estados miembros a determinar si tienen jurisdicción para abrir un procedimiento de insolvencia cuando el centro de los principales intereses esté en otro Estado miembro. El párrafo 2 del artículo 3 del Reglamento (CE) establece lo siguiente:

Artículo 3

Competencia internacional

“2. Cuando el centro de los intereses principales del deudor se encuentre en el territorio de un Estado miembro, los tribunales de otro Estado miembro solo serán competentes para abrir un procedimiento de insolvencia con respecto a ese deudor si este posee un establecimiento en el territorio de este último Estado. Los efectos de dicho procedimiento se limitarán a los bienes del deudor situados en el territorio de dicho Estado miembro.”

112. Que exista, o no, un “establecimiento” es una cuestión en gran medida de hecho. Una cuestión de este tipo necesariamente ha de resolverse en función de las pruebas concretas presentadas. Habrá de establecerse que el deudor “ejerce de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios”

⁶⁷ *Gold & Honey*, pág. 371.

⁶⁸ *Ibid.*, pág. 372.

en el Estado pertinente⁶⁹. Sí que plantea una cuestión de derecho, sin embargo, establecer si los términos “de forma no transitoria” hacen referencia a la duración de la actividad económica pertinente o la hacen a la ubicación concreta en que se desarrolla la actividad⁷⁰.

113. El término “establecimiento” se ha analizado en algunos fallos jurisprudenciales. En el caso *Bear Stearns*⁷¹, el “establecimiento” se equiparó con “un centro local de operaciones”. En ese caso, el tribunal dictaminó que no había pruebas que demostraran que se estaba desarrollando en las Islas Caimán una actividad económica no transitoria. En apelación, el tribunal competente dejó claro que las actividades de auditoría realizadas como preparación de los documentos de constitución de la empresa no constituían “operaciones” ni “actividad económica” a los efectos de un “establecimiento”, como tampoco lo hacían las investigaciones realizadas por los liquidadores provisionales para establecer si se podían eludir las operaciones anteriores⁷².

114. Es posible que deba prestarse más atención a los términos “con medios humanos y bienes o servicios” que se utilizan en la definición de “establecimiento”. Parece implícito en el tipo de actividad empresarial local que bastará que haya una actividad económica realizada por seres humanos y en la que intervengan bienes o servicios para satisfacer los requisitos de la definición del término “establecimiento”.

⁶⁹ Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 2 f).

⁷⁰ *Fairfield Sentry*, págs. 8 y 9.

⁷¹ *Bear Stearns*, pág. 131.

⁷² *Bear Stearns* (en apelación), pág. 339.