



Asamblea General

Distr. limitada
17 de febrero de 2010
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
38º período de sesiones
Nueva York, 19 a 23 de abril de 2010

Régimen de la insolvencia: posible labor futura

Adición

Propuesta de la delegación de los Estados Unidos de América: documento de antecedentes

[La delegación de los Estados Unidos de América ha preparado el presente documento en apoyo de su propuesta (véase A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1) de que el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) considere disposiciones de la Ley Modelo o de la Guía Legislativa sobre determinadas cuestiones del régimen internacional de la insolvencia pertinentes tanto para el caso de grupos de empresas como para otros asuntos transfronterizos.]

1. Proponemos para el examen un conjunto de cuestiones limitado y cuidadosamente elegido de modo que sea posible obtener resultados. Cabe prever que otras delegaciones desearán incluir cuestiones conexas adicionales, pero nos parece aconsejable evitar, si se da mayor alcance a la labor, una empresa demasiado amplia. El formato podrá considerarse más adelante, a medida que se vaya haciendo más claro el contenido de las posibles recomendaciones o directrices. La presente propuesta se basa en el supuesto de que no se necesita introducir cambios en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza (la "Ley Modelo"). Pero sí se pueden formular disposiciones o directrices complementarias de la Ley Modelo, o recomendaciones o directrices complementarias de la Guía Legislativa o de la Guía de prácticas, o de ambas.



A. Sinopsis

2. La actual labor del Grupo de Trabajo V ha puesto de relieve la necesidad de aclarar las cuestiones intersectoriales, tarea que puede contribuir a hacer más efectiva la aplicación de los textos jurídicos anteriores de la Comisión, incluida la Ley Modelo, la Guía Legislativa y la reciente Guía de prácticas. La mejor forma de abordar estas cuestiones es a través de la Ley Modelo. La aclaración podría cobrar la forma de disposiciones modelo aparte, como complemento de la Ley Modelo, o presentarse en otro formato. La Ley Modelo, junto con la Guía para su incorporación al derecho interno, fue aprobada por la Asamblea General en su resolución 52/158, de 15 de diciembre de 1997. Son varios los Estados que la han adoptado después de la aprobación de la Ley Modelo por la Asamblea General de las Naciones Unidas. A continuación se enumeran los Estados que han adoptado la Ley Modelo para incorporarla en su derecho interno:

Australia (2008), Colombia (2006), Eritrea (1998), Eslovenia (2007), los Estados Unidos de América (2005), Gran Bretaña (2006), Islas Vírgenes Británicas (territorio ultramarino del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) (2003), el Japón (2000), Mauricio (2009), México (2000), Montenegro (2002), Nueva Zelandia (2006), Polonia (2003), la República de Corea (2006), Rumania (2003), Serbia (2004) y Sudáfrica (2000).

3. Otros países se han basado en la Ley Modelo para la consideración o incorporación de cambios en su régimen interno de la insolvencia, y también se tendrán en cuenta los precedentes que se hayan registrado en dichos países.

En el preámbulo de la Ley Modelo se enuncia su propósito. Dice lo siguiente:

“La finalidad de la presente ley es la de establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza con miras a promover el logro de los objetivos siguientes: a) la cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes de este Estado y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza; b) una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones; c) una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de todos los acreedores y las demás partes interesadas, incluido el deudor; d) la protección de los bienes del deudor, y la optimización de su valor, así como e) facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo.”

4. Los ideales y principios enunciados como base de la Ley Modelo siguen siendo tan pertinentes e importantes hoy día como lo eran cuando se formuló.

5. En la actual economía globalizada, los Estados han experimentado considerables dificultades financieras debido a las actuales condiciones económicas mundiales. Si se desea promover y desarrollar el comercio entre los Estados (finalidad primordial de la CNUDMI) es de importancia crítica contar con un régimen de la insolvencia funcional moderno, tanto en el plano interno como en el internacional. Este aspecto es aún más notable en los Estados nuevos y en desarrollo, cuyas economías son más frágiles. Por esta razón, para estos Estados la previsibilidad y certidumbre son particularmente importantes.

6. A medida que se promulgan nuevas leyes, se adoptan decisiones judiciales que interpretan y ponen de relieve las cuestiones que se plantean en la aplicación e interpretación de dichas leyes. Los conceptos e ideales básicos de la Ley Modelo siguen proporcionando la base fundamental, pero las diversas cuestiones planteadas en estas decisiones judiciales demuestran la necesidad de un nuevo examen y de aclaraciones adicionales.

7. Si bien es cierto que en la mayoría de los procedimientos judiciales iniciados con arreglo a la Ley Modelo no se ha cuestionado el principio de que el centro de los principales intereses del deudor es el domicilio social del deudor, presunción que se toma como punto de partida, en varias decisiones se han planteado cuestiones que deben examinarse y aclararse. Una de ellas es cuál es el límite de los argumentos admisibles para rebatir la presunción basada en el lugar del domicilio social (o constitución legal en ciertos ordenamientos), si se puede impugnar una decisión adoptada por un Estado que acepta la jurisdicción para abrir un procedimiento de insolvencia u otra decisión similar, y qué criterios pueden emplearse para contestar a estas preguntas. La armonización de tales criterios puede constituir un importante factor para aumentar la previsibilidad en este importante ámbito del derecho, puesto que las ideas del órgano colegiado que negoció inicialmente la Ley Modelo pueden resultar persuasivas en muchos ordenamientos.

8. A fin de comprender mejor la importancia de estas cuestiones es necesario examinar las definiciones básicas de la Ley Modelo, que se enumeran a continuación:

a) Por “procedimiento extranjero” se entenderá el procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo incluido el de índole provisional, que se siga en un Estado extranjero con arreglo a una ley relativa a la insolvencia y en virtud del cual los bienes y negocios del deudor queden sujetos al control o a la supervisión del tribunal extranjero, a los efectos de su reorganización o liquidación;

b) Por “procedimiento extranjero principal” se entenderá el procedimiento extranjero que se siga en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses;

c) Por “procedimiento extranjero no principal” se entenderá un procedimiento extranjero, que no sea un procedimiento extranjero principal, que se siga en un Estado donde el deudor tenga un establecimiento en el sentido del inciso f) del presente artículo;

d) Por “representante extranjero” se entenderá la persona o el órgano, incluso el designado a título provisional, que haya sido facultado en un procedimiento extranjero para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del deudor o para actuar como representante del procedimiento extranjero;

e) Por “tribunal extranjero” se entenderá la autoridad judicial o de otra índole que sea competente a los efectos del control o la supervisión de un procedimiento extranjero;

f) Por “establecimiento” se entenderá todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios.

9. Teniendo presentes estas definiciones, la Ley Modelo, en el artículo 16, contiene una presunción según la cual el domicilio social del deudor es el centro de sus principales intereses: 3) “Salvo prueba en contrario, se presumirá que el domicilio social del deudor o su residencia habitual, si se trata de una persona natural, es el centro de sus principales intereses.”

10. En la Ley Modelo no se dice qué normas o criterios probatorios se necesitan para refutar la presunción de que el centro de los principales intereses de una empresa es el domicilio social.

11. A fin de comprender mejor el efecto de diversas decisiones judiciales sobre la interpretación y aplicación de la Ley Modelo sería útil pasar revista a varios casos y decisiones. Inicialmente este examen incluirá decisiones adoptadas en la Unión Europea, puesto que la redacción de la disposición relativa al centro de los principales intereses es igual a la del reglamento (CE) No. 1346/2000 del Consejo de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia (“Reglamento de insolvencia de la Unión Europea”). Sin embargo, pese a la redacción similar, las tendencias en distintos ordenamientos no han coincidido, de manera que sería un importante progreso lograr la armonización. En las etapas iniciales también podrían utilizarse precedentes y leyes de otros países si la Secretaría autoriza la realización de un estudio.

B. Decisiones adoptadas con arreglo al Reglamento de insolvencia de la Unión Europea y la Ley Modelo

12. En los siguientes casos se plantean diversas cuestiones relacionadas con la interpretación del Reglamento de insolvencia de la Unión Europea y la Ley Modelo.

1. Decisiones adoptadas con arreglo al Reglamento de insolvencia de la Unión Europea

a) DAISY TEK- ISA LTD¹

13. Daisy Tek era una filial de una empresa de los Estados Unidos que solicitó la apertura de un procedimiento de reorganización con arreglo al Capítulo 11 en los Estados Unidos, el 7 de mayo de 2003. Daisy Tek era también una sociedad de cartera que controlaba varias empresas europeas, incluidas tres empresas alemanas y una empresa francesa. Daisy Tek era la proveedora de suministros electrónicos de oficina para revendedores y distribuidores mayoristas europeos. Sus operaciones en el Reino Unido tenían su base en Bradford (Inglaterra). Las tres empresas alemanas tenían su domicilio social en Neuss (Alemania) pero en realidad realizaban sus operaciones comerciales desde Freilassing, Magdeburg y Mulhain (Alemania). La empresa francesa tenía su domicilio social en Francia y realizaba sus operaciones desde oficinas con sede en Francia.

14. Daisy Tek solicitó la apertura de un procedimiento de insolvencia en el Reino Unido en 2003. Las dos cuestiones principales planteadas ante el tribunal inglés eran la determinación de cuál era el centro de los principales intereses de Daisy Tek y si el tribunal inglés tenía competencia para dictar órdenes de administración con

¹ Daisytek-ISA Ltd, Re [2003] B.C.C. 562 (Ch D (Leeds District Registry), 16 de mayo de 2003).

respecto a la empresa francesa y las empresas alemanas. Se efectuaron las determinaciones con arreglo al 13° párrafo del preámbulo y el apartado 1) del artículo 3 del Reglamento de insolvencia de la Unión Europea. El tribunal inglés determinó en definitiva que el centro de los principales intereses, en el caso tanto de Daisy Tek como de las filiales francesa y alemanas, estaba en el Reino Unido, y que el tribunal inglés era competente para dictar órdenes de administración con respecto a las empresas francesa y alemanas. El tribunal consideró que, en virtud del 13° párrafo del preámbulo del Reglamento, el centro de los principales intereses correspondía al lugar en que el deudor administraba ordinariamente sus intereses y que, por tanto, era reconocible como tal por terceros. El tribunal reconoció también que, en virtud del apartado 1) del artículo 3, cabía presumir, a falta de prueba en contrario, que el domicilio social de la empresa constituía el centro de sus principales intereses. En su decisión, el tribunal determinó que la mayor parte de la administración de las empresas alemanas se llevaba a cabo desde la administración central de Bradford; la financiación de las empresas alemanas se organizaba en la administración central de Bradford, y el 70% de los bienes suministrados a las empresas alemanas se suministraban con arreglo a contratos firmados por la sociedad de cartera de Bradford. El tribunal determinó asimismo que las funciones desempeñadas en Bradford eran muy considerables e importantes en comparación con la función local de las empresas de Alemania, que era limitada. El tribunal llegó a conclusiones similares con respecto a la empresa francesa.

15. Las órdenes de administración dictadas con respecto a la empresa constituida en Francia por el tribunal inglés fueron recibidas inicialmente con incredulidad y anuladas por el Tribunal de Commerce de Cergy-Pontoise, que obró convencido de que el tribunal inglés había confundido el concepto de una filial constituida separadamente con una simple sucursal. Sin embargo, en la apelación, el tribunal de apelaciones de Versailles revocó la decisión del tribunal inferior, validando la apertura del procedimiento principal en Inglaterra y la determinación del tribunal inglés de que el centro de los principales intereses de la empresa estaba en Inglaterra. El tribunal de apelaciones francés determinó que, con arreglo al derecho de la Unión Europea, una vez que un Estado miembro de la Unión Europea abre un procedimiento de insolvencia, todos los demás Estados miembros deben aceptar la determinación, decisión ratificada posteriormente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su decisión con respecto a Eurofoods como parte del caso Parmalat.

b) ROVER FRANCE SAS

16. En el caso de Rover France SAS², el Tribunal de Commerce de Nanterre reconoció en 2005 la apertura del procedimiento extranjero principal por un tribunal inglés en el caso de una empresa francesa de la cual se había comprobado que desarrollaba sus actividades y tenía el centro de sus principales intereses en Birmingham (Inglaterra). Este caso también se apeló ante el Tribunal de Apelaciones de Versailles, que confirmó el reconocimiento. El Tribunal de Apelaciones concluyó que no podía reconsiderar cómo había determinado el tribunal de primera instancia el centro de los principales intereses puesto que la determinación de esa cuestión de hecho ya había sido efectuada por otro Estado

² SAS Rover France, Re [2005] EWHC 874 (Ch).

miembro y esa decisión debía respetarse de conformidad con el Reglamento de la Unión Europea. De este modo, el Tribunal de Apelaciones resolvió que la apertura inicial de un procedimiento de insolvencia en otro Estado miembro y la determinación de hecho en ese procedimiento con respecto al centro de los principales intereses tenía precedencia sobre cualquier determinación independiente subsiguiente por el Estado que había dado su reconocimiento en cuanto a si el centro de los principales intereses había sido correctamente determinado o no por el Estado miembro donde se había abierto el procedimiento de insolvencia.

c) EUROFOODS³

17. También en este caso la determinación del centro de los principales intereses por un Estado miembro fue impugnada en el procedimiento de Eurofoods. Parmalat era un conglomerado con sede en Italia, que tenía operaciones en más de 30 países y empleaba a más de 30.000 personas en todo el mundo. A raíz de las acusaciones de fraude contra Parmalat, distintos directores y funcionarios relacionados con Parmalat fueron encarcelados por el Gobierno italiano. El 23 de diciembre de 2003, el parlamento italiano promulgó una ley en la que se preveía la “administración extraordinaria” de Parmalat y sus filiales, y el 24 de diciembre de 2003, se admitió a la empresa matriz de Parmalat en un procedimiento de administración extraordinaria en Italia y se designó a un administrador.

18. Eurofoods era una empresa irlandesa cuya principal actividad comercial consistía en prestar servicios de financiación a las empresas del grupo Parmalat. Eurofoods se constituyó en 1997 y tenía su domicilio social en Dublín (Irlanda). El 27 de enero de 2004 Bank of America presentó una petición de liquidación de Eurofoods ante el Tribunal Superior Irlandés, el cual, a su vez, designó a un liquidador provisional para Eurofoods. Posteriormente el liquidador provisional notificó al administrador extraordinario de Parmalat acerca del trámite en Irlanda y su designación. Pese a la designación del liquidador provisional por el tribunal irlandés, el 9 de febrero de 2004 el ministerio italiano designó al administrador extraordinario de Parmalat administrador extraordinario de Eurofoods en Italia. Durante el proceso, cada tribunal determinó independientemente que el centro de los principales intereses de Eurofoods se encontraba en sus jurisdicciones respectivas.

19. El tribunal irlandés concluyó que el centro de los principales intereses estaba en Irlanda puesto que Eurofoods se había constituido legalmente y tenía su domicilio social en Dublín. Este tribunal concluyó, además, que Eurofoods estaba bajo la supervisión del Ministro de finanzas irlandés y de las autoridades tributarias de Irlanda y su administración se llevaba a cabo de conformidad con un acuerdo de gestión firmado con Bank of America en Irlanda, sus cuentas anuales eran preparadas y sometidas a auditoría de conformidad con las leyes y los principios de contabilidad irlandeses, sus libros de cuentas se llevaban en Dublín, sus auditores eran irlandeses y Eurofoods tenía dos directores irlandeses y dos directores italianos y que los dos directores italianos renunciaron antes de ser presentada la petición de liquidación. El tribunal italiano llegó a la conclusión de que el centro de los principales intereses estaba en Italia puesto que, entre otras cosas, Eurofoods era

³ Eurofood IFSC Ltd, Re (C-341/04) [2006] E.C.R. I-3813; Eurofood IFSC Ltd (No.1), Re [2004] B.C.C. 383 (HC (Irl)); véase también The Aftermath of “Eurofood” – Benq Holding BV and the Deficiencies of the ECJ Decision, *Insolv. Int.* 2007, 20(6), 85-87, Christoph G. Paulus.

filial de Parmalat, los directores de Eurofoods actuaban bajo mandato de Parmalat y todas las decisiones relativas a las actividades de Eurofoods eran examinadas y decididas en Italia por la empresa matriz. Se apelaron ambas decisiones a los respectivos tribunales supremos de Irlanda e Italia, que, a su vez, confirmaron la determinación de sus tribunales inferiores de que el centro de los principales intereses de Eurofoods estaba en sus respectivos países.

20. El asunto se llevó entonces al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que se creó en coordinación con la Unión Europea como tribunal comercial para dirimir las controversias comerciales entre los Estados miembros. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tenía competencia para resolver de manera definitiva si el centro de los principales intereses de Eurofoods estaba en Italia o en Irlanda.

21. El Tribunal resolvió que el centro de los principales intereses de Eurofoods estaba en Irlanda. El Tribunal basó su decisión en varios factores, incluido el hecho de que el procedimiento de insolvencia se había iniciado y abierto por primera vez en Irlanda, el domicilio social de Eurofoods estaba en Irlanda y no se había refutado la presunción de que, con arreglo al Reglamento de Insolvencia de la Unión Europea, el centro de los principales intereses era el domicilio social.

22. Si bien es cierto que Parmalat consistía en un grupo de empresas con operaciones en todo el mundo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas centró la atención en Eurofoods, como empresa individual y separada, al determinar el centro de los principales intereses, en lugar de determinar el centro de los principales intereses para todo el grupo Parmalat.

23. La decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso de Eurofoods reafirma la tesis de que el tribunal en que se abre inicialmente el procedimiento de insolvencia controla la determinación del centro de los principales intereses del deudor. La decisión en el caso de Eurofoods confirmó y corroboró las determinaciones efectuadas por los tribunales ingleses en el caso de Daisy Tek y otros casos conexos.

d) MPOTEC GmbH⁴

24. A raíz de la decisión relativa a Eurofoods del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal de Commerce de Nanterre emitió su opinión de que el centro de los principales intereses de MPOTEC GmbH's estaba en Francia y abrió un procedimiento como procedimiento principal. Pese a que MPOTEC GmbH era una empresa legalmente constituida en Alemania, formaba parte del grupo francés de empresas de EMTEC. El tribunal francés llegó a la conclusión de que el centro de los principales intereses estaba en Francia basándose en el hecho de que las funciones de la sede central de MPOTEC GmbH se ejercían desde Francia. Los factores que se tuvieron en cuenta para decidir la cuestión del centro de los principales intereses fueron que el lugar donde se reunía el consejo de administración estaba en Francia, las leyes que regían los contratos principales de la empresa eran leyes francesas, las relaciones comerciales con los clientes se realizaban en Francia, la política comercial del grupo se determinaba en Francia, la autorización de la empresa matriz para firmar acuerdos financieros se daba en

⁴ MPOTEC GmbH [2006] B.C.C. 681 (Trib Gde Inst (Nanterre)).

Francia, la sede del banco primario del deudor estaba en Francia y la gestión centralizada de la política de adquisiciones, el personal, las cuentas por pagar y los sistemas de computadoras de la empresa estaba también en Francia.

25. La idea de determinar las “funciones de la administración central” para determinar el centro de los principales intereses siguió las decisiones anteriores adoptadas en Inglaterra y Alemania.

e) ENERGOTECH SARL, RE⁵

26. En este procedimiento el Tribunal de Commerce de Lure abrió el procedimiento principal para una empresa polaca que formaba parte de un grupo francés de empresas. En este caso se siguieron los mismos criterios aplicados en el procedimiento de MPOTEC GmbH. Pese a que la empresa polaca tenía su domicilio social en Polonia y realizaba operaciones en ese país, el tribunal francés llegó a la conclusión de que “las funciones de la administración central” constituían prueba en contrario suficiente para refutar la presunción de que el centro de los principales intereses de la empresa era el domicilio social.

27. Estas dos decisiones de tribunales franceses se basan en el concepto de las “funciones de la administración central” como principal determinante del centro de los principales intereses. Si ese es o no un criterio correcto para determinar el centro de los principales intereses de una empresa por un Estado miembro en la Unión Europea no se ha resuelto todavía pues la cuestión no se ha planteado aún ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

f) EUROTUNNEL FINANCE, LTD.⁶

28. El Tribunal Comercial de París, siguiendo los precedentes, concluyó que el centro de los principales intereses estaba en Francia y abrió el procedimiento principal pese a que Eurotunnel Finance, Ltd. era una empresa legalmente constituida en Inglaterra, con oficinas y operaciones en Inglaterra.

29. El tribunal francés concluyó que la ubicación del centro de los principales intereses de la empresa en Francia era reconocible por terceros basándose en toda una serie de factores. Entre ellos, figuraba el hecho de que la gestión de las operaciones de las entidades de Eurotunnel estaba a cargo de un comité conjunto con sede en París, que el domicilio social de las dos empresas principales del grupo, Eurotunnel SA y France Manche, estaba en Francia, que los empleados y bienes también se encontraban en Francia y que las negociaciones para la reestructuración de la deuda se estaban realizando en París.

g) BEN Q HOLDING, BV Y BEN Q OHG⁷

30. En una decisión que no se ha publicado todavía, Ben Q OHG presentó una petición de insolvencia voluntaria en Munich (Alemania) y el tribunal de Munich designó a un administrador provisional. Ben Q Holding, BV era una sociedad constituida en los Países Bajos y la mayoría de las actividades de la empresa holandesa se llevaban a cabo en Munich. Los empleados de Ben Q OHG pasaban

⁵ Energotech Sarl, Re [2007] B.C.C. 123 (Ch).

⁶ Eurotunnel Finance Ltd. (Tribunal Comercial de París, 2 de agosto de 2006).

⁷ BenQ Holding BV, Re (caso inédito, febrero de 2007) (Alemania).

hasta un 70% de su tiempo trabajando para Ben Q Holding, BV en Alemania. Ben Q Holding, BV también tenía empleados en Amsterdam que trabajaban, principalmente, para otras empresas miembros del grupo.

31. Ben Q OHG presentó una petición en Amsterdam primero y, dos días después, presentó una petición de insolvencia en Munich. Tanto el tribunal de Amsterdam como el de Munich dictaron las medidas cautelares solicitadas. Ninguno de los tribunales decidió si el procedimiento abierto en sus respectivas jurisdicciones sería principal o no principal.

32. El juez alemán llamó al juez holandés y después de una conversación entre los dos tribunales, el juez alemán declaró que se inhibía en favor del juez holandés en cuanto a la decisión de si el procedimiento de Holanda sería el procedimiento principal o no principal. El juez holandés optó por declarar que el procedimiento de los Países Bajos sería el procedimiento principal.

h) MG PROBUD GDYNIA SP. Z O.O.

33. El 21 de enero de 2010, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas emitió una opinión que complementaba la decisión relativa a Eurofoods. En el caso MG Probud, el tribunal polaco abrió un procedimiento de insolvencia basándose en una solicitud que se le había dirigido. MG Probud tenía otras operaciones en Alemania y, como resultado de dificultades financieras, se había visto imposibilitada de pagar a sus trabajadores y los gastos conexos de funcionamiento. En Alemania se entabló demanda para embargar los bienes a fin de pagar los salarios de los trabajadores y sufragar los gastos de funcionamiento. Se produjo un desacuerdo entre el procedimiento polaco y el procedimiento alemán y el liquidador polaco adoptó la posición de que el procedimiento polaco había precedido al alemán y, por tanto, todas las reclamaciones y derechos de los acreedores, cualquiera fuera su índole o naturaleza, deberían decidirse con arreglo a las leyes polacas en el procedimiento polaco. Las autoridades alemanas querían retener suficientes bienes para pagar los salarios de los trabajadores y otros gastos conexos y se resistieron a entregar los bienes al administrador polaco.

34. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas determinó que después que se abre un procedimiento de insolvencia principal en un Estado miembro, los Estados miembros de la Unión Europea están obligados a reconocer y ejecutar todos los fallos relacionados con el procedimiento de insolvencia principal y, por tanto, no pueden dictar medidas de ejecución relacionadas con los bienes del deudor en otro procedimiento en contravención de las leyes del Estado en que se abrió el procedimiento principal de insolvencia. De este modo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas amplió su decisión relativa a Eurofoods, al establecer que son las leyes del Estado en que se abre el procedimiento principal las que rigen la liquidación de los bienes de la firma, independientemente de dónde estén situados, aun cuando la ley pueda ser adversa o contraria a la del Estado miembro en que se encuentran los bienes.

2. Decisiones adoptadas con arreglo a la Ley Modelo⁸

35. Como ya se dijo, 17 países han promulgado la Ley Modelo y hay otros que consideran su promulgación. En los Estados Unidos y en otros Estados que la han promulgado se está creando jurisprudencia sobre la interpretación de la Ley Modelo.

a) TRADEX SWISS AG⁹

36. Tradex era una empresa con domicilio social en Suiza, pero que también tenía una oficina en Boston, Massachusetts. Con anterioridad a la declaración de insolvencia de Tradex, las operaciones de la empresa fueron transferidas de Suiza a Boston. Las operaciones comerciales primarias del deudor se llevaban a cabo en Boston. Tradex era una sociedad comercial de divisas, basada en intereses.

37. Con anterioridad a la solicitud del procedimiento de insolvencia, la Comisión Federal de Banca Suiza había designado a dos examinadores para investigar a Tradex en respuesta a acusaciones de que Tradex estaba convirtiendo depósitos de inversionistas. Posteriormente los empleados solicitaron la apertura de un procedimiento involuntario con arreglo al capítulo 7 contra Tradex en Boston. Por esa época Tradex tenía 18 empleados en Boston y dos en Suiza. Los examinadores suizos se opusieron a la solicitud del procedimiento de insolvencia con arreglo al capítulo 7 y solicitaron asistencia con arreglo al capítulo 15, sosteniendo que el centro de los principales intereses de Tradex se hallaba en Suiza. El tribunal de los Estados Unidos estuvo de acuerdo en que el domicilio social de Tradex se hallaba en Suiza pero sostuvo que la presunción de que un procedimiento iniciado en Suiza debía ser el procedimiento principal era refutada por las pruebas de las extensas operaciones de Tradex en Boston. Por otra parte, el tribunal concluyó que el procedimiento de Suiza era un procedimiento no principal debido al hecho de que Tradex realizaba actividades económicas no transitorias en Suiza, en el sentido de que tenía allí un establecimiento.

b) SPHINX MANAGED FUTURES FUND, LTD¹⁰

38. Uno de los primeros casos en que se aplicó la Ley Modelo tal como se promulgó en los Estados Unidos fue el de Sphinx, Ltd. Su petición de reconocimiento con arreglo al capítulo 15 fue presentada el 31 de julio de 2006 por los liquidadores oficiales conjuntos de Sphinx Managed Futures Fund y STC actuando bajo la supervisión del Tribunal Superior de las Islas Caimán. Después de una audiencia contenciosa, el 16 de agosto de 2006 el tribunal otorgó la petición presentada con arreglo al capítulo 15 en parte, la denegó en parte, y reservó algunas cuestiones para una posterior decisión por escrito.

39. Según el fallo del tribunal, el procedimiento de las Islas Caimán en que se había designado a dos liquidadores oficiales reunía los requisitos de un procedimiento extranjero, pero el tribunal decidió mantener en estudio la cuestión

⁸ Las citas en la presente sección de los capítulos 7, 11 ó 15 se refieren a los capítulos correspondientes del Código de la Quiebra (Bankruptcy Code) de los Estados Unidos. El capítulo 15 es el capítulo por el cual se promulgó en los Estados Unidos la Ley Modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza.

⁹ Tradex Swiss AG, 384 B.R. 34 (Bankr.D.Mass. 2008).

¹⁰ SPhinX, Ltd., 351 B.R. 103 (Bankr.S.D.N.Y. 6 de septiembre de 2006).

de si el procedimiento debía reconocerse como procedimiento extranjero principal o procedimiento extranjero no principal. En su decisión escrita, el tribunal llegó a la conclusión de que los fondos de Sphinx, Ltd. eran fondos de cobertura cuya actividad consistía en la compraventa de valores y productos básicos. El domicilio social de Sphinx, Ltd. estaba en las Islas Caimán. El tribunal observó que Sphinx, Ltd. era una sociedad constituida como empresa exceptuada con arreglo a las leyes de las Islas Caimán y, por tanto, los fondos de Sphinx no podían realizar negocios en las Islas Caimán con arreglo a sus leyes. El tribunal observó que los fondos no tenían empleados ni oficinas físicas en las Islas Caimán y que los fondos de Sphinx constituían un fondo de cobertura que funcionaba de conformidad con un contrato de gestión de inversiones absolutamente discrecional con una empresa de Delaware con sede en la ciudad de Nueva York. El tribunal decidió que, si bien el capítulo 15 reemplazaba al antiguo artículo 304 del Código de la Quiebra (Bankruptcy Code), seguía manteniendo el concepto de entendimiento (comity) de ese artículo. En cierto sentido, afirmó el tribunal, el capítulo 15 refuerza la norma de flexibilidad máxima que inspiraba al antiguo artículo 304 en vista de los principios en que se fundamenta el concepto del centro de los principales intereses y la capacidad de respetar las leyes y fallos de otras naciones.

40. El tribunal observó que la verdadera controversia residía en si el procedimiento de las Islas Caimán debía reconocerse como procedimiento extranjero principal o no principal. A ese respecto, el tribunal reconoció que, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 16 del capítulo 15, debía presumirse que el procedimiento de las Islas Caimán constituía un procedimiento extranjero principal debido a la ubicación del domicilio social de los fondos. El tribunal consideró sumamente persuasiva la reciente opinión (reciente por esa época) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto del caso Eurofoods en el sentido de que uno de los factores que debían tenerse en cuenta para determinar el centro de los principales intereses de un deudor era la determinación del lugar donde el deudor llevaba a cabo la administración de sus negocios de manera ordinaria y si ese lugar era reconocible por terceros. Basándose en las pruebas presentadas al tribunal, éste rehusó concluir que el procedimiento de las Islas Caimán reunía los requisitos de un procedimiento extranjero principal, si bien concedió la petición de reconocimiento con arreglo al capítulo 15 como procedimiento extranjero no principal, pese a las pruebas de que los fondos no tenían un “establecimiento” en las Islas Caimán, tal como se define el término en la Ley Modelo.

41. La decisión del tribunal en el caso Sphinx, Ltd. fue muy criticada por muchos académicos y profesionales por su recurso al concepto de entendimiento (comity) como base para otorgar reconocimiento a un procedimiento extranjero no principal pese a la falta de pruebas de la existencia de un establecimiento. Las críticas se centraron en el concepto de que la Ley Modelo se había elaborado para promover la transparencia y previsibilidad y que la desviación de los requisitos legales frustraba la consecución de ese objetivo. Las críticas también giraron en torno al hecho de que las pruebas no eran suficientes para concluir que había un procedimiento extranjero, principal o no principal, de Sphinx, Ltd., de modo que la petición de reconocimiento debería haberse denegado, dado que, según la Ley Modelo, el reconocimiento debe basarse en elementos jurisdiccionales y legales más que en el concepto de entendimiento.

c) TRI-CONTINENTAL EXCHANGE LTD¹¹

42. Este procedimiento se relaciona con una empresa constituida con arreglo a las leyes de San Vicente y las Granadinas. Un acreedor presentó una petición de reconocimiento del procedimiento de insolvencia de las empresas de seguro del deudor en San Vicente y las Granadinas como procedimiento extranjero no principal.

43. Se abrió un procedimiento ante el Tribunal Supremo del Caribe Oriental para liquidar Tri-Continental Exchange Ltd. y Alternative Exchange, Ltd. y se designaron liquidadores provisionales conjuntos. Las únicas oficinas del deudor estaban situadas en Kingston (San Vicente). Los deudores habían perpetrado un fraude de seguro obteniendo primas de clientes en los Estados Unidos y el Canadá por valor de más de 45 millones de dólares. Los Estados Unidos se incautaron de 1.600.000 dólares, suma que los liquidadores conjuntos pidieron que se les entregara en la petición presentada con arreglo al capítulo 15.

44. Después de audiencias contenciosas, el tribunal otorgó el reconocimiento a los liquidadores y concluyó que el procedimiento de San Vicente era un procedimiento extranjero principal. Las pruebas presentadas al tribunal indicaban que las operaciones realizadas en San Vicente eran las únicas operaciones y, por tanto, el tribunal resolvió que se entregaran los fondos a los liquidadores pero manteniendo la jurisdicción en los Estados Unidos para la ulterior determinación de la distribución entre los acreedores.

d) BEAR STEARNS HIGH GRADE STRUCTURED CREDIT STRATEGIES MASTER FUNDS LTD¹²

45. Las cuestiones abordadas en la decisión relativa a Sphinx, Ltd. volvieron a considerarse en el procedimiento de Bear Stearns. Los liquidadores provisionales conjuntos de las Islas Caimán presentaron una petición de reconocimiento, con arreglo al capítulo 15, del procedimiento de las Islas Caimán relativo al Bear Stearns fund, como procedimiento extranjero principal o como procedimiento extranjero no principal. La petición de reconocimiento con arreglo al capítulo 15 no fue impugnada y después de una audiencia de pruebas, el tribunal concluyó que las pruebas que tenía a la vista no eran suficientes para establecer el reconocimiento del procedimiento de las Islas Caimán como procedimiento extranjero principal o como procedimiento extranjero no principal. Se denegó, en consecuencia, la petición de reconocimiento.

46. Los hechos invocados fueron similares a los del procedimiento de Sphinx, Ltd. en cuanto a que Bear Stearns era una empresa exceptuada, que no estaba autorizada para realizar negocios u operaciones comerciales en las Islas Caimán. El tribunal concluyó que las actividades de inversión de Bear Stearns se llevaban a cabo ante todo en los Estados Unidos, en Nueva York, y que si un procedimiento no reunía los requisitos para ser considerado principal o no principal, entonces no podía otorgarse

¹¹ Tri-Continental, 349 B.R. 627 (Bankr.E.D.Cal. 2006).

¹² Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd., 389 B.R. 325 (Bankr.S.D.N.Y. 27 de mayo de 2008); Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd., 374 B.R. 122 (Bankr.S.D.N.Y. 5 de septiembre de 2007); véase también *Bear Stearns Appeal Decision*, 17 J. Bankr. L. & Prac. 5 Art. 3, Glosband (agosto de 2008).

el reconocimiento. La falta de un establecimiento en las Islas Caimán impidió que el procedimiento de Bear Stearns en las Islas Caimán reuniera los requisitos de un procedimiento no principal con arreglo a la Ley Modelo. Esta decisión se apeló al Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, que la confirmó. En la apelación, los liquidadores oficiales adujeron que la presunción con arreglo al apartado C del artículo 1516 del capítulo 15 era que el centro de los principales intereses del deudor debía ser el domicilio social y que no se habían aportado pruebas en contrario. En la apelación, el Tribunal de Distrito, de acuerdo con la opinión del juez que había entendido en la quiebra, concluyó que el juez tiene el deber independiente de indagar todo asunto que se plantee ante su tribunal y que, de hecho, había pruebas en contrario en el expediente del tribunal inferior.

47. En este caso, el Tribunal de Distrito concluyó que el tribunal inferior había examinado y analizado correctamente, y de manera independiente, la cuestión de si la base probatoria para el reconocimiento estaba establecida y si se había refutado la presunción. El Tribunal de Distrito estuvo de acuerdo con las conclusiones del tribunal inferior de que Bear Stearns no tenía oficina ni empleados en las Islas Caimán y no desarrollaba actividades comerciales en las Islas Caimán pues se trataba de una empresa exceptuada. Puesto que en ese lugar no se realizaban (ni podían realizarse) actividades económicas no transitorias, Bear Stearns no tenía un establecimiento en las Islas Caimán, de manera que el procedimiento de insolvencia local no podía reunir los requisitos de procedimiento no principal conforme a la ley. El tribunal determinó asimismo que el centro de los principales intereses de Bear Stearns estaba, de hecho, no en las Islas Caimán sino en los Estados Unidos, lo cual refutaba la presunción creada por la ubicación del domicilio de constitución legal de los fondos.

48. Se considera que la decisión del Tribunal de Distrito en el caso Bear Stearns invalida la opinión emitida en el procedimiento Sphinx, Ltd. La jurisprudencia de los Estados Unidos en cuanto al capítulo 15 actualmente favorece la tesis de que para poder otorgar reconocimiento es preciso demostrar de manera clara y categórica que se reúnen los requisitos legales y de jurisdicción relativos al procedimiento extranjero principal, el procedimiento extranjero no principal y el establecimiento.

e) BASIS YIELD ALPHA MASTER¹³

49. En este procedimiento con arreglo al capítulo 15, los liquidadores provisionales conjuntos de un deudor cuyo domicilio social se encontraba en las Islas Caimán solicitaron una determinación de que las Islas Caimán eran el centro de los principales intereses del deudor. Por consiguiente, los liquidadores provisionales pidieron al tribunal de los Estados Unidos que determinara que el procedimiento de las Islas Caimán era un procedimiento extranjero principal.

50. El letrado del liquidador provisional se basaba en la presunción legal de que el domicilio social de las Islas Caimán era el centro de los principales intereses del deudor. El tribunal declaró, en su opinión, que no podía otorgar reconocimiento por cuestiones importantes de hecho. El tribunal observó que la empresa era una sociedad exceptuada y, por tanto, no podía realizar actividades comerciales en la isla

¹³ Basis Yield Alpha Fund (Master), 381 B.R. 37 (Bankr.S.D.N.Y. 2008).

y sus negocios tenían lugar en otras jurisdicciones. De este modo, el procedimiento no podía reunir los requisitos de un procedimiento no principal, porque no había establecimiento, y no podía reunir los requisitos de procedimiento principal porque los hechos físicos refutaban claramente la presunción prima facie de que el lugar de constitución era el centro de los principales intereses del deudor. Esta opinión se basa en los fundamentos sentados en la opinión sobre Bear Stearns por lo que se refiere tanto a los criterios para el reconocimiento como al deber del tribunal de determinar independientemente si deben adoptarse o no medidas cautelares.

f) ERNST & YOUNG, INC (KLYTIE'S)¹⁴

51. El caso Klytie se refería a empresas canadienses y de los Estados Unidos. Los propietarios del 80% de la firma Klytie eran ciudadanos israelíes que vivían en el Canadá pero que, en la fecha de la solicitud, vivían en California. Los propietarios del 20% restante de Klytie residían en Colorado. Se acusó a Klytie de defraudar a los inversionistas en un negocio de fondos de inversiones inmobiliarias. Después que se entabló demanda contra Klytie, el tribunal canadiense designó a la firma de Ernst & Young para desempeñar las funciones de administradores judiciales de la empresa canadiense.

52. Los administradores, a su vez, presentaron una petición de reconocimiento con arreglo al capítulo 15, a la que se opusieron los acreedores de los Estados Unidos. Los acreedores adujeron que, puesto que los costos administrativos eran más elevados en el Canadá, los acreedores recibirían menos fondos que si el procedimiento principal se llevaba a cabo en los Estados Unidos.

53. El tribunal de los Estados Unidos otorgó reconocimiento y concluyó que el procedimiento canadiense era el procedimiento extranjero principal puesto que el centro de los principales intereses de Klytie se encontraba en el Canadá. El tribunal basó su opinión en las pruebas de que los directores de la empresa dirigían los negocios desde el Canadá, los acreedores reconocían que la empresa operaba en el Canadá, los principales bienes de la empresa se encontraban en el Canadá y el sistema de gestión de efectivo estaba también en el Canadá.

54. El tribunal se basó asimismo en las disposiciones legales del capítulo 15, que estipulan que el objetivo de dicho capítulo es facilitar la cooperación entre los tribunales de los Estados Unidos y los de países extranjeros.

g) PROCEDIMIENTOS DE ROBERT ALLEN STANFORD EN INGLATERRA Y EL CANADÁ¹⁵

55. El imperio comercial de Allen Stanford se derrumbó cuando la United States Securities and Exchange Commission (Comisión de Valores y Bolsa de los Estados Unidos) (SEC) entabló demanda contra Allen Stanford y otros aduciendo fraude de valores y violación de las leyes de valores. Se designó a un administrador judicial de la SEC para ocuparse del Stanford International Bank, la Stanford Group

¹⁴ Ernst & Young, Inc., 383 B.R. 773 (Bankr.D.Colo. 2008).

¹⁵ Stanford International Bank Ltd (In Receivership), Re (Ch D (Companies Ct)) Chancery Division (Companies Court) 2009 WL 1949459, 3 de julio de 2009; Stanford International Bank Ltd., Re Superior Court of Quebec, 2009 CarswellQue 9216, 11 de septiembre de 2009, y 2009 CarswellQue 9211.

Company y las demás entidades bajo el control de Allen Stanford y otros. Entretanto, en febrero de 2009, la Comisión Reguladora de los Servicios Financieros de Antigua y Barbuda (“FSRC”) designó administradores y gerentes provisionales para encargarse del Stanford International Bank y la Stanford Trust Company de Antigua. Posteriormente, el tribunal de Antigua ordenó la liquidación de la empresa y designó liquidadores conjuntos para que la llevaran a cabo.

56. Desde la iniciación de la acción contra el Stanford International Bank y entidades conexas, Ralph Janvey (el “administrador judicial de la SEC”), el Sr. Hamilton-Smith y el Sr. Wastell, en su calidad de liquidadores conjuntos del procedimiento de Antigua (los “liquidadores”), han estado librando una batalla por el reconocimiento en distintos países, incluidos el Reino Unido y el Canadá. En el Tribunal Superior de Justicia de Londres, el Honorable magistrado Lewison oyó peticiones contradictorias de reconocimiento del administrador de la SEC y de los liquidadores, en que cada una de las partes pedía que se determinara que el centro de los principales intereses estaba en los Estados Unidos y en Antigua, respectivamente, esforzándose cada una de ellas por ejercer control sobre los bienes del Stanford International Bank y entidades conexas con respecto a los bienes del banco y de esas entidades en el Reino Unido. El magistrado Lewison dictó un fallo, el 3 de julio de 2009, por el cual otorgaba reconocimiento a los liquidadores en una opinión bien razonada y completa.

57. El magistrado Lewison examinó cuidadosamente el Reglamento de insolvencia transfronteriza de 2006, por el cual se había puesto en vigor la Ley Modelo en Gran Bretaña. El Tribunal Superior reconoció como punto de partida que el domicilio social del Stanford International Bank estaba en Antigua y que, por tanto, debía presumirse que era Antigua el centro de los principales intereses. El Tribunal Superior reconoció asimismo que el criterio que debía seguirse en el caso de peticiones contradictorias era el de determinar si podía persuadirse al tribunal de que el centro de los principales intereses de la empresa no estaba en el Estado donde se hallaba su domicilio social. El Tribunal Superior examinó la historia de las operaciones del Stanford International Bank en Antigua después de su constitución legal en diciembre de 1990. El tribunal comprobó que el Stanford International Bank de Antigua tenía un departamento de cuentas, un departamento de recursos humanos, un departamento de tecnología de la información, un departamento de nómina de sueldos y programas de computadora. El Tribunal Superior comprobó además que el Stanford International Bank aceptaba depósitos de inversionistas de todo el mundo y, en particular, de América del Norte, Centroamérica y América del Sur. El Stanford International Bank emitía certificados de depósito desde Saint John’s (Antigua).

58. El Tribunal Superior observó que en la opinión relativa a Bear Stearns los factores que habían de considerarse eran la ubicación de la sede central del deudor, la ubicación de los que administraban la empresa deudora en la práctica, la ubicación de los bienes primarios del deudor, la ubicación de la mayoría de los acreedores del deudor que habían sido afectados por el caso y el ordenamiento cuyo derecho se aplicaría a la mayoría de los puntos en litigio. El Tribunal Superior observó asimismo que la jurisprudencia estadounidense no se veía limitada por el requisito de que los acreedores estuvieran en condiciones de reconocer el centro de los principales intereses de la empresa. El Tribunal Superior concluyó que, puesto que el domicilio social del Stanford International Bank estaba en Antigua, la carga

de la refutación de la presunción correspondía al administrador judicial de la SEC y que esa presunción solo podía refutarse con factores objetivos. Otros factores objetivos 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 empresa.

59. A continuación, el Tribunal Superior tuvo que considerar la cuestión de cuál de las partes reconocería como representante extranjero. El tribunal concluyó que el procedimiento de la SEC no reunía los requisitos de un procedimiento extranjero de modo que el administrador judicial de la SEC no era un representante extranjero con arreglo al Reglamento de insolvencia transfronteriza. El Tribunal Superior observó que el procedimiento de la SEC no era un procedimiento de insolvencia, no era para beneficio de los acreedores y no se basaba en una ley sobre insolvencia.

60. El tribunal pasó entonces a considerar la cuestión de si la liquidación de Antigua era un procedimiento extranjero. El tribunal determinó que el procedimiento de Antigua era un procedimiento de liquidación, que el juez de Antigua se había persuadido de que el Stanford International Bank era insolvente, que los liquidadores habían sido designados de conformidad con una ley relativa a la insolvencia y que, por tanto, los liquidadores tenían derecho a ser reconocidos como representantes extranjeros de un procedimiento extranjero. A continuación el tribunal determinó que las pruebas presentadas por el administrador judicial de la SEC no eran suficientes para refutar la presunción de que el centro de los principales intereses del Stanford International Bank estaba en Antigua. De este modo, se decidió que Antigua era la ubicación del centro de los principales intereses del Stanford International Bank. El Tribunal Superior otorgó reconocimiento a los liquidadores como representantes extranjeros de un procedimiento extranjero principal, de conformidad con lo estipulado en el Reglamento de insolvencia transfronteriza.

61. La siguiente pugna por el reconocimiento tuvo lugar en el Canadá. Tanto el administrador judicial de la SEC como los liquidadores presentaron peticiones de reconocimiento al Tribunal Superior del Distrito de Montreal, provincia de Quebec, como representantes extranjeros. El Honorable magistrado Claude Auclair presidió las actuaciones. Inicialmente el tribunal se ocupó de las actuaciones a cargo del magistrado Lewison en el Reino Unido y observó que el procedimiento de Antigua había sido reconocido como el procedimiento principal y los liquidadores como representantes extranjeros. En consecuencia, en virtud de la decisión inglesa, los liquidadores de Antigua tenían derecho a recibir los fondos del Stanford International Bank en el Reino Unido. El tribunal canadiense reconoció que el Tribunal Superior inglés había concluido que el centro de los principales intereses del Stanford International Bank se encontraba en Antigua y que la administración judicial estadounidense se había considerado inadmisibles como procedimiento extranjero porque la designación del administrador judicial estadounidense no se basaba en ninguna ley relativa a la insolvencia.

62. A continuación el tribunal canadiense pasó a hacer un análisis histórico del Stanford International Bank y las acciones emprendidas por el administrador judicial de la SEC y los liquidadores. El tribunal canadiense observó, en su opinión, que la parte 13 del Bankruptcy and Insolvency Act (Ley de quiebra e insolvencia) del Canadá permitía que un solicitante pasara a ser representante extranjero pidiendo autorización al tribunal, lo cual facilitaba la coordinación de los

procedimientos con respecto al “procedimiento de insolvencia”. El tribunal declaró asimismo que el apartado 6 del artículo 268 de la Ley de quiebra e insolvencia declaraba que “el presente artículo no requiere que el tribunal dicte una orden contraria a la ley canadiense o ejecute mandamientos dictados por un tribunal extranjero”. El tribunal admitió que la colaboración entre las distintas jurisdicciones era importante, pero agregó que el tribunal debía salvaguardar los intereses de los acreedores canadienses y preservar los principios fundamentales del sistema judicial canadiense. El tribunal observó que cualquier persona que se dirigiera al tribunal para pedir que el tribunal ejerciera su discreción judicial debería hacerlo de buena fe y con las “manos limpias”.

63. El tribunal observó que los liquidadores habían presentado una petición de reconocimiento previa pero no habían notificado de esa petición al administrador judicial de la SEC. El tribunal observó asimismo que los liquidadores habían tomado posesión de los bienes situados en el Canadá sin autorización previa del tribunal canadiense y que habían eliminado los documentos electrónicos originales después de sacar copias y transportarlas fuera del Canadá. El tribunal canadiense comprobó asimismo que las autoridades gubernamentales del Canadá habían emprendido una investigación del Stanford International Bank y que los liquidadores no habían suministrado información, como se les había pedido, y habían realizado actos que eran ilegales, pues no actuaban como síndicos autorizados con arreglo al derecho canadiense. El tribunal concluyó asimismo que los actos de los liquidadores de Antigua constituían una conducta ilícita patente e inexcusable. El tribunal canadiense denegó la petición de reconocimiento de los liquidadores y reconoció, en cambio, la petición de reconocimiento del administrador judicial de la SEC.

h) GOLD & HONEY, LTD

64. En enero de 2009 se presentó una petición de apertura con arreglo al capítulo 15 en el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos del Distrito Este de Nueva York. La petición de apertura de un procedimiento con arreglo al capítulo 15 fue presentada por administradores judiciales israelíes en relación con un procedimiento de administración judicial israelí. Previamente el deudor había presentado una petición de procedimiento con arreglo al capítulo 11 ante el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos del Distrito Este de Nueva York. Este tribunal había dictado una orden por la cual todos los bienes comprendidos por el procedimiento abierto con arreglo al capítulo 11 quedaban sometidos a la competencia del Tribunal de Quiebras. Pese a esta orden, el tribunal israelí en que estaba en trámite el procedimiento de administración judicial determinó que tenía competencia y podía proceder a liquidar los bienes en Israel pese a la orden dictada por el tribunal de Nueva York. Los administradores judiciales israelíes presentaron entonces una petición de reconocimiento con arreglo al capítulo 15 a fin de que los bienes correspondientes al procedimiento de Nueva York fueran transferidos a Israel para su inclusión en el procedimiento israelí.

65. El Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos denegó la petición de reconocimiento y llegó a la conclusión de que el procedimiento de administración judicial no era un procedimiento de insolvencia ni un procedimiento colectivo y concluyó, además, que puesto que los administradores judiciales habían violado las

disposiciones de la paralización automática, procedía la denegación de reconocimiento basada en la excepción de orden público del capítulo 15.

C. Cuestiones que podría examinar el Grupo de Trabajo V en relación con la propuesta de los Estados Unidos sobre su labor futura

66. Como resultado de las diversas decisiones judiciales adoptadas, artículos escritos y debates celebrados desde la formulación de la Ley Modelo y la aplicación del Reglamento de la Unión Europea, en el que se tratan también cuestiones previstas en la Ley Modelo, se han planteado varias cuestiones que requieren definición y aclaración. Quizá haya otras cuestiones que la Secretaría desee sugerir o que el Grupo de Trabajo quiera agregar.

67. La delegación de los Estados Unidos propone que el Grupo de Trabajo V considere las siguientes cuestiones:

1. Criterios para determinar qué es lo que constituye un procedimiento de insolvencia.

a) El procedimiento de administración judicial, ¿es un procedimiento colectivo comprendido dentro del ámbito de un “procedimiento de insolvencia”, con el sentido con que se emplea en la Ley Modelo, la Guía o la Guía de prácticas?

b) ¿Deberían establecerse criterios para reseñar las disposiciones fundamentales necesarias para que un procedimiento colectivo pueda considerarse procedimiento de insolvencia?

c) ¿Deberían establecerse criterios para determinar qué elementos ha de reunir un procedimiento para ser considerado procedimiento de insolvencia y qué constituye un procedimiento colectivo?

d) Si un procedimiento no es un procedimiento colectivo, ¿puede otorgársele reconocimiento con arreglo a la Ley Modelo de la CNUDMI?

2. Es esencial que un tribunal tenga competencia para poder hacer determinaciones con respecto a las cuestiones que se le han planteado.

a) ¿Debería un tribunal estar persuadido 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?

b) ¿Qué procedimiento debería 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. En el caso de un tribunal que examine las cuestiones de reconocimiento con arreglo a la Ley Modelo, ¿en qué circunstancias debería aplicar la excepción de orden público mencionada en el artículo 6 de la Ley Modelo?

a) Si un solicitante que pide la adopción de medidas cautelares con arreglo a la Ley Modelo ha violado las leyes o los procedimientos establecidos de un país, ¿basta esa conducta para que se le deniegue el reconocimiento con arreglo a la excepción de orden público?

4. La Ley Modelo establece claramente una presunción de que el domicilio social de la empresa deudora es el centro de los principales intereses.

a) ¿Convendría establecer criterios claros sobre qué pruebas en contrario hacen falta para rebatir la presunción de que el domicilio social de un deudor es el centro de los principales intereses?

b) ¿Deberían establecerse factores concretos, por ejemplo, la ubicación del “centro nervioso” del deudor para refutar la presunción?

c) ¿Es la ubicación física de las operaciones uno de esos factores?

d) ¿Convendría utilizar como determinante el lugar en que se adoptan las decisiones administrativas y se dirigen las operaciones de la empresa?

e) ¿Debería ser previsible y fácilmente reconocible por los acreedores la ubicación del deudor?

5. Entre los factores considerados para determinar el centro de los principales intereses de un deudor, ¿debería considerarse el período en que una empresa mantiene su centro de principales intereses en una jurisdicción dada?

a) ¿Debería determinarse el centro de los principales intereses de un deudor en la fecha en que la empresa realizaba actividades y operaciones comerciales, antes de la insolvencia, o después de declarada la insolvencia de la empresa, cuando ésta se halla bajo la dirección de un liquidador?

b) ¿Debería ser la ubicación de una empresa deudora que es reconocible por terceros un factor de importancia para refutar la presunción del centro de los principales intereses del deudor?

6. Convendría examinar las cuestiones anteriores en el contexto de un grupo de empresas, desde el punto de vista tanto del derecho interno como del derecho internacional.

7. Convendría considerar si una guía complementaria de la Ley Modelo sería útil para los casos de grupos de empresas con respecto a las cuestiones de reconocimiento y ejecución.

D. Determinaciones normativas

68. Las determinaciones a que haya llegado previamente el Grupo de Trabajo V con respecto a cualquiera de las cuestiones y asuntos planteados *supra* deberían enunciarse y formar la base de las futuras determinaciones normativas que se adopten. La determinación normativa de que debe presumirse que el domicilio social de una empresa deudora es el centro de los principales intereses de esa empresa es importante y los antecedentes que justifican esa decisión normativa deberían detallarse en las actuales consideraciones normativas del Grupo de Trabajo V.

69. Al examinar las cuestiones que se plantean *supra*, el Grupo de Trabajo debería enunciar los fundamentos normativos para cualquier conclusión a la que pudiera llegar y que pudiera formar la base de la guía para orientar la interpretación de la Ley Modelo. Ese enfoque ayudaría a los tribunales y otros usuarios a comprender las directrices y aplicarlas de manera racional. Debería adoptarse el mismo enfoque con respecto a cualquier conclusión a que se llegue con respecto a los grupos de empresas en contraposición a los deudores individuales.

70. Esas determinaciones normativas, los antecedentes y las explicaciones pormenorizadas proporcionan una “historia legislativa” que puede ser de utilidad para el jurista o el experto en insolvencia al ayudarles a comprender el alcance y significado de diversas disposiciones y de cualquier otro producto de la labor del Grupo de Trabajo en relación con esos temas. La consecución de estos objetivos puede ser un importante factor puesto que, al ayudar a los Estados a modernizar sus regímenes de insolvencia de las empresas comerciales, les permitirá reducir los riesgos sistémicos y obtener beneficios económicos. Ello promoverá tanto el comercio transfronterizo como la creación de capacidad nacional.

RESUMEN

71. En el presente documento se detallan algunas de las esferas que la delegación de los Estados Unidos propone para su examen por el Grupo de Trabajo. La lista no es exhaustiva y, naturalmente, el Grupo de Trabajo deberá determinar la amplitud de la propuesta que ha de recomendar a la Comisión en su próxima sesión plenaria. Recomendamos que se procure obtener la aprobación de la Comisión para autorizar la labor que se ha descrito en términos generales, a reserva de los ajustes que introduzca el Grupo de Trabajo para mejorarla, y que se autorice a la Secretaría a ampliar la presente recomendación con nuevos estudios dentro de los recursos disponibles.