



Asamblea General

Distr. general
15 de abril de 2005
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

38º período de sesiones
Viena, 4 a 15 de julio de 2005

Régimen de la insolvencia

Evolución del régimen de la insolvencia: adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza; aplicación de protocolos transfronterizos y de pautas para la comunicación interjudicial; y jurisprudencia interpretativa de “centro de los principales intereses” y “establecimiento” de una empresa en la Unión Europea

Nota del Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1	2
II. Evolución del régimen legal de la insolvencia transfronteriza	2-79	2
a) Adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza	2-17	2
b) Protocolos	18-48	5
c) Comunicaciones entre los tribunales	49-57	12
d) Novedades en la interpretación del Reglamento del Consejo de Europa N° 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia ...	58-79	13



I. Introducción

1. La presente nota informa sobre la evolución observada en el régimen legal de la insolvencia transfronteriza, particularmente en lo concerniente a la adopción del régimen de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, la utilización de protocolos y pautas para la comunicación transfronteriza entre tribunales judiciales en casos de insolvencia transfronteriza, y la interpretación de términos como “centro de los principales intereses” y “establecimiento” en sentencias pronunciadas en la Unión Europea con arreglo al Reglamento sobre procedimientos de insolvencia N° 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, del Consejo de Europa. En la adición A/CN.9/580/Add.1 se presenta un breve informe sobre las actividades actuales de las organizaciones internacionales en lo concerniente al régimen de la insolvencia.

II. Evolución del régimen legal de la insolvencia transfronteriza

a) Adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza

2. Se han aprobado leyes inspiradas en la Ley Modelo en Eritrea; en México¹; en Serbia y Montenegro, por Montenegro²; en Japón³; en Sudáfrica⁴; en Rumania⁵; en Polonia⁶; y en las Islas Vírgenes Británicas⁷. El Reino Unido⁸ ha aprobado una ley por la que se autoriza la introducción del régimen de la Ley Modelo por vía reglamentaria. Cierta número de países están examinando proyectos de ley inspirados en la Ley Modelo, entre los que cabe citar los Estados Unidos de América, la Argentina y el Pakistán, mientras que otros países han formulado recomendaciones de que se introduzca dicho régimen por vía legal, entre los que cabe citar Australia, Nueva Zelanda y el Canadá. La ley española de la insolvencia 22/2003, que entró en vigor en 2004, contiene a la vez disposiciones inspiradas en el régimen de la Ley Modelo y disposiciones basadas en el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia del Consejo de Europa.

3. Si bien algunas de las leyes por las que se ha incorporado el régimen de la Ley Modelo al derecho interno han promulgado su texto con escasos cambios, cabe también señalar ciertos cambios de diversa importancia efectuados al adoptarse su régimen. A continuación se reseñan algunos de esos cambios, sin que esa reseña sea siempre un reflejo exacto del cambio efectuado.

i) *Ámbito de aplicación del régimen legal interno: artículo 1*

4. Conforme se previó en el párrafo 2 del artículo 1 de la Ley Modelo, diversos países han excluido a ciertas categorías de entidades del régimen de la Ley Modelo. Por ejemplo, cabe citar tanto a las entidades bancarias como a las compañías de seguros (Rumania y Polonia); a las instituciones financieras y de inversión, a toda entidad que sea miembro de una bolsa o de una lonja de contratación, así como a las cámaras de compensación, las sociedades de corretaje y los agentes comerciales (Rumania); a toda persona que disfrute de una licencia para ciertos servicios financieros (Islas Vírgenes Británicas); y a los consumidores (México). Un país ha reflejado en su nueva ley el ámbito tradicional de su propio régimen legal de la insolvencia, al limitar su alcance a toda persona natural o jurídica designable como “comerciante” (México).

ii) *“Centro de sus principales intereses”*: artículo 2 y párrafo 3 del artículo 16

5. Cabe citar como ejemplo de la presunción enunciada en el párrafo 3 del artículo 16 concerniente al “centro de sus principales intereses” la posibilidad adicional de conceptuar como centro de sus principales intereses al domicilio social de una persona jurídica que esté ejerciendo una actividad económica o una profesión independiente (Rumania).

iii) *Solicitud de apertura y derecho a participar en un procedimiento*: artículos 11 y 12

6. En cierto país (Islas Vírgenes Británicas), la solicitud de apertura de un procedimiento local con arreglo al artículo 11 y la participación de un representante extranjero con arreglo al artículo 12 dependerán de que el procedimiento extranjero haya sido reconocido.

iv) *Notificación a los acreedores en el extranjero*: artículo 14

7. La ley de un país (Islas Vírgenes Británicas) prevé que se otorgue cierto tiempo adicional para notificar a los acreedores en el extranjero y para que éstos puedan presentar sus créditos.

v) *Solicitud de reconocimiento*: artículo 15

8. En la mayoría de los casos el representante extranjero podrá presentar la solicitud de reconocimiento, conforme a lo previsto en el artículo 15. En un país (Japón), el deudor podrá también presentar dicha solicitud.

vi) *Resolución de reconocimiento*: artículo 17

9. Algunos países han omitido el requisito enunciado en el párrafo 3 del artículo 17 de que el foro competente deberá dictar a la mayor brevedad posible la resolución de reconocimiento (Japón, México, Polonia).

vii) *Información subsiguiente*: artículo 18

10. Algunos países han extendido la obligación de informar, al foro que haya dado su reconocimiento, de “todo” cambio, y no meramente de todo cambio “importante” (conforme requiere el artículo 18), en la situación del procedimiento extranjero reconocido o en el nombramiento del representante extranjero (Polonia, Sudáfrica).

viii) *Medidas cautelares y toda otra medida otorgable tras el reconocimiento*: artículos 19 y 20

11. La ley de un país (Islas Vírgenes Británicas) ha impuesto como requisito adicional el de que el representante de la insolvencia deberá notificar al deudor lo antes posible, o dentro de cierto plazo fijado por el tribunal, de toda medida cautelar otorgada (Islas Vírgenes Británicas). Varios países (Japón, México) han enmendado ligeramente las medidas otorgables a raíz del reconocimiento para alinear el párrafo 1 del artículo 20 con su derecho interno. En dichos casos, la ley interna dispone que la paralización no será aplicable a la apertura o la continuación de actuaciones particulares, sino únicamente a toda medida ejecutoria contra los bienes del deudor.

12. En un país (Japón), la paralización de las actuaciones no es automática, a raíz del reconocimiento, sino que ha de demandarse ante el foro competente.

13. En otro país (Rumania), el ejercicio del derecho de enajenar, gravar, o disponer de algún otro modo de los bienes del deudor quedará en suspenso desde el momento del reconocimiento, salvo en lo concerniente a los actos, operaciones o pagos efectuados en el giro normal del negocio de la empresa deudora. Dichos actos podrán, no obstante, ser también objeto de una medida cautelar obtenida por el representante extranjero a raíz del reconocimiento. Esa misma ley dispone que todo acreedor con un crédito garantizado por una hipoteca, prenda u otra garantía real podrá pedir ser eximido de la paralización.

ix) Cooperación y comunicación directa entre los tribunales: artículos 25, 26 y 27

14. Un país (Japón) no ha adoptado en su derecho interno el artículo 25, y limita el alcance del artículo 26 a la cooperación entre el representante local y el extranjero. El artículo 27, en donde se sugieren formas de cooperación, se ha omitido también en algunos países (Japón, Polonia) aun cuando la ley polaca ni siquiera señala que se haya de transmitir o recabar cierto tipo de información. En otra variante (Polonia) el foro local competente podrá comunicarse directamente con el tribunal o con el representante extranjero, pero la persona que esté administrando el procedimiento con arreglo a la ley del foro polaco deberá comunicar con el tribunal o el representante extranjero a través del propio foro, y no directamente, conforme a lo permitido por el párrafo 2 del artículo 26 de la Ley Modelo. En un supuesto (Islas Vírgenes Británicas) la ley supedita el derecho a entablar una comunicación directa (artículo 25 2)) a los derechos de toda parte a ser notificada o a participar en la vista oral.

x) Coordinación: artículos 28 a 30

15. Al menos dos regímenes legales (Japón, Polonia), han modificado u omitido lo dispuesto en el capítulo V de la Ley Modelo concerniente a los procedimientos paralelos, o que se estén siguiendo simultáneamente. En uno de ellos (Japón), se ha de optar por un único procedimiento, de modo que se reconocerá al procedimiento extranjero o al procedimiento interno, pero no a los dos simultáneamente. De haberse ya abierto un procedimiento interno, se desestimarán toda solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero abierto contra el mismo deudor, salvo que se trate de un procedimiento extranjero principal que satisfaga, además, algunas condiciones concernientes a los derechos de los acreedores. De reconocerse el procedimiento extranjero, se paralizará el procedimiento interno. En otro ejemplo (Rumania), la apertura de un procedimiento local, tras haberse ya reconocido un procedimiento extranjero principal, requerirá la presencia en el propio país de un establecimiento, sin que baste la mera presencia de bienes prescrita en el artículo 28 de la Ley Modelo.

xi) Reciprocidad

16. Pese a que el criterio de la reciprocidad fue rechazado durante la negociación de la Ley Modelo, cierto número de países han previsto la aplicación del régimen de la Ley Modelo a título de reciprocidad. Este requisito se ha formulado de diverso modo según los países. En algunos casos, se enuncia la regla de la reciprocidad (p. ej. México) sin dar ninguna indicación de cómo debe cumplirse este requisito o se dispone que el tribunal deberá comprobar la existencia de reciprocidad (p. ej. Argentina). En otro país, la norma legal aplicable dispone que será únicamente aplicable el régimen de la Ley Modelo respecto de países oficialmente designados al respecto, lo que requiere aprobación parlamentaria (Sudáfrica). Hasta la fecha, parece ser que no

se ha designado a ningún país conforme al procedimiento previsto. A tenor de una disposición similar (Islas Vírgenes Británicas) la designación habrá de anunciarse en una publicación oficial. La ley de otro país (Rumania), prescribe que haya reciprocidad en el reconocimiento de sentencias extranjeras.

xii) *Otras propuestas*

17. Nueva Zelanda ha adoptado ya la decisión de promulgar el régimen de la Ley Modelo, dotándolo de un mecanismo adicional que permita una coordinación más extensa con ciertos países que la prevista en el marco de la Ley Modelo. Dicho mecanismo está basado en la designación de ciertos procedimientos de insolvencia especiales, abiertos con arreglo al derecho interno de su propio país, que gozarán, entre otras cosas, de un reconocimiento automático y de la concesión automática de medidas cautelares a raíz de la notificación presentada por el representante extranjero ante una autoridad pública designada para dicho cometido. A raíz de ello, no cabrá abrir ningún procedimiento local en Nueva Zelanda (salvo en supuestos excepcionales y previa autorización del tribunal) y el representante extranjero gozará de las mismas facultades que un síndico o administrador judicial con arreglo al derecho interno de Nueva Zelanda.

b) **Protocolos transfronterizos**

18. La coordinación y armonización de procedimientos de insolvencia de alcance internacional se ha visto facilitada en años recientes por las prácticas y procedimientos introducidos por los tribunales y los profesionales de la insolvencia, partiendo de la necesidad de resolver cuestiones particulares con las que tropiezan las partes involucradas en estos procedimientos. Las propias partes negociaron acuerdos o “protocolos” que fueron aprobados por los tribunales del respectivo país. En estos protocolos transfronterizos cabe, por ejemplo, resolver alguna controversia suscitada por la diversidad de las leyes aplicables en todo supuesto de apertura de procedimientos transfronterizos concurrentes, y cabe asimismo crear un marco jurídico para la dirección general del caso o para la coordinación de la administración de los bienes de la masa de la insolvencia sitos en el territorio de más de un Estado.

19. El primer protocolo transfronterizo de la insolvencia del que se tiene noticia fue concertado con ocasión del caso *Maxwell Communication plc* (diciembre de 1991/enero de 1992)⁹, al haber abierto un único deudor dos procedimientos de insolvencia principales, uno en los Estados Unidos y el otro en el Reino Unido, que dieron lugar a que se nombrara a dos representantes de la insolvencia distintos, uno en cada país, con un cometido similar. Los jueces encargados del procedimiento en los Estados Unidos y en Inglaterra convencieron por separado a los abogados de las partes en cada país de que la concertación de un protocolo entre las dos administraciones de la insolvencia resolvería muchos conflictos y facilitaría el intercambio de información. Con arreglo a dicho protocolo, se señalaron dos metas a cada uno de los representantes de la insolvencia: la de maximizar el valor de la masa de la insolvencia y la de armonizar las actuaciones a fin de minimizar todo gasto o despilfarro y todo conflicto jurisdiccional. Las partes convinieron básicamente en que el tribunal de los Estados Unidos cedería la iniciativa a las actuaciones seguidas en el Reino Unido, tan pronto como se determinara que se cumplía con ciertos criterios. Entre los pormenores acordados cabe citar el de

retener a parte del personal de gestión actual a fin de preservar el valor en marcha del negocio del deudor, y se autorizó al representante de la insolvencia del Reino Unido a renovar, con el consentimiento de su homólogo de los Estados Unidos, la junta directiva de la empresa con personas independientes; el representante de la insolvencia del Reino Unido sólo podría contraer nuevas deudas o presentar un plan de reorganización, previo consentimiento del representante de la insolvencia en los Estados Unidos o del tribunal de dicho país. El representante de la insolvencia del Reino Unido debería dar aviso por adelantado al representante de la insolvencia en los Estados Unidos antes de concertar ninguna operación importante en nombre del deudor, pero gozaba de una autorización previa para concertar operaciones de menor cuantía. Se dejaron muchas cuestiones deliberadamente fuera del protocolo a fin de ir las resolviendo en el curso del procedimiento. Algunas de esas cuestiones fueron ulteriormente incluidas en el protocolo, por ejemplo, ciertos pormenores concernientes a la distribución.

20. Con posterioridad al caso *Maxwell*, se concertó un protocolo más modesto entre tribunales del Canadá y de los Estados Unidos en el caso *Re Olympia & York Developments Limited* (1993)¹⁰ y entre tribunales de las Bahamas y los Estados Unidos en el caso *Re Commodore Business Machines* (diciembre de 1994)¹¹.

21. A resultas del éxito de los protocolos transfronterizos concertados en cierto número de importantes casos transfronterizos, la International Bar Association (IBA) elaboró un Concordato de la Insolvencia Transfronteriza (aprobado oficialmente por su Consejo en mayo de 1996) para que sirviera de modelo para futuros protocolos de insolvencia transfronterizos.

22. Dicho Concordato imparte directrices de rango no legislativo que las partes o los tribunales pueden adoptar como soluciones prácticas para resolver cuestiones transfronterizas surgidas en procedimientos de insolvencia que se estén siguiendo en distintos Estados. Este Concordato se preparó en la expectativa de que sería modificado para adaptarlo a todo nuevo caso de insolvencia transfronteriza que se hubiera de resolver, así como de que sería revisado a la luz de la experiencia. Diversos protocolos concertados tras la adopción del Concordato se han valido de sus directrices en diverso grado, concertándose tanto acuerdos de alcance limitado para fines muy concretos como acuerdos por los que se creaba un marco cooperativo amplio de conformidad con los principios enunciados en el Concordato.

23. El Concordato enuncia diez principios generales, y cada uno de ellos va seguido por una relación explicativa de la aplicación del respectivo principio¹².

Principio 1

24. Debe instituirse un único foro administrativo principal para toda insolvencia transfronteriza (se reconoce, no obstante, en la relación explicativa que tal vez convenga abrir algún procedimiento secundario o auxiliar).

Principio 2

25. Dicho foro principal único deberá coordinar la consolidación y administración de la masa de la insolvencia y centralizar la presentación de créditos y la distribución de todo fruto de la liquidación (véanse arts. 13 2), 14 3), 21 1) e) y 2), 32 de la Ley Modelo de la CNUDMI).

Principio 3

26. Este principio concierne principalmente a los derechos ejercitables por los representantes de la insolvencia y los acreedores cuando se ha abierto más de un procedimiento, mencionándose en particular el derecho a ser notificado y a personarse en toda actuación que haya sido abierta, el derecho de acceso a la información (véanse arts. 5, 9, 10, 12, 13, 14, 21 1) d), 22 3) de la Ley Modelo de la CNUDMI).

Principio 4

27. Este Principio se ocupa del supuesto de que no se haya abierto procedimiento principal alguno, sino dos procedimientos concurrentes cada uno en su jurisdicción, por lo que se ocupa de cuestiones concernientes a la coordinación. Se recomienda la concertación de un protocolo y se enuncian ciertas reglas de distribución universales (véase art. 13 2) de la Ley Modelo de la CNUDMI).

Principio 5

28. Procede que se respete la prelación reconocida, en un procedimiento secundario, a todo crédito garantizado o con prelación legal.

Principio 6

29. Todo representante de la insolvencia debe poder valerse del régimen administrativo previsto en el Estado extranjero, aun cuando no se disponga de dicho régimen en el propio Estado del foro.

Principio 7

30. Al igual que el Principio 6, este Principio faculta al representante de la insolvencia para valerse de todo medio de que se disponga en un Estado extranjero para impugnar ciertos actos contrarios al interés de la masa, agilizándose así la administración de la insolvencia.

Principio 8

31. Este principio concierne a la selección, en el ámbito internacional, del régimen aplicable a la verificación y admisión de los créditos, así como a la determinación del alcance del derecho sustantivo y del régimen de impugnación, de actos nocivos a la masa, que sean aplicables con arreglo a la ley del foro ante el que se esté siguiendo el procedimiento.

Principio 9

32. Debe darse la posibilidad de abrir un procedimiento encaminado a la reorganización de la empresa deudora, aun cuando dicha posibilidad no exista en alguno de los foros declarados competentes, siempre que dicho procedimiento pueda desarrollarse sin carácter discriminatorio alguno.

Principio 10

33. Ningún órgano jurisdiccional de un Estado debe dar curso a la decisión de un foro extranjero por la que se niegue validez a un “arreglo transaccional válido entre los interesados previo a la declaración de insolvencia”.

34. El mayor uso que se está haciendo de los protocolos explica que se haya ampliado el alcance de estos instrumentos al tiempo que se simplificaban, mejoraban y normalizaban los procedimientos. En todo país donde se utilizan, los protocolos han facilitado la dirección del procedimiento, así como la preservación del valor de la masa de la insolvencia. Se utilizan básicamente para armonizar la vía procesal que ha de seguirse en cada país, sin ocuparse de cuestiones de derecho sustantivo interno (al igual que la Ley Modelo, dichos protocolos tienden a consagrar el principio del respeto debido a la *lex fori* de la jurisdicción competente) y se ocupan por lo general de coordinar:

- i) Las vistas celebradas en cada uno de los Estados interesados;
- ii) La presentación de los créditos frente a la masa de la insolvencia;
- iii) Las actuaciones concernientes a la financiación del procedimiento o a la venta de bienes;
- iv) El cobro de toda deuda frente a la masa en provecho de los acreedores y la igualdad de trato otorgable a todo acreedor ordinario o no garantizado; y
- v) Todo plan de reorganización que se abra en los diversos foros ante los que se esté siguiendo un procedimiento.

35. Los datos agrupables en cada una de las categorías genéricas arriba enunciadas no son en modo alguno exclusivos de estos protocolos. Como se observa anteriormente, el otorgar igualdad de trato a los acreedores extranjeros frente a los acreedores locales es un rasgo común a la mayoría de los protocolos, que está previsto asimismo en el Principio 3 c) del Concordato y en el artículo 13 1) de la Ley Modelo. En este mismo sentido, los protocolos concertados en el caso *Everfresh, Nakash* y *Solv-Ex* (examinados más adelante) facultan al representante extranjero para obtener acceso directo al foro competente en el territorio del otro Estado, al igual que el artículo 9 de la Ley Modelo.

36. No se ha prescrito ningún formato para un protocolo de insolvencia transfronteriza típico. Dado que los protocolos están pensados para el caso particular que se esté resolviendo y tienen por objeto resolver problemas propios de dicho caso, su contenido variará de un caso a otro, y es poco probable que se haya previsto que el protocolo original sea utilizable, sin enmienda alguna a lo largo de todo el procedimiento. Dado que la dinámica de toda insolvencia transfronteriza puede evolucionar en el curso del procedimiento, cabe prever que surjan cuestiones adicionales que convendría resolver añadiendo alguna cláusula adicional al protocolo.

37. El primer protocolo concertado estando ya ultimado el Concordato (y modelado con arreglo a sus principios) lo fue para una insolvencia que interesaba a los Estados Unidos y al Canadá, conocida como el caso *Everfresh Beverages Inc.* (diciembre de 1995)¹³. Una empresa de los Estados Unidos, con operaciones en el Canadá, solicitó la apertura de un procedimiento de reorganización en los dos países a la vez. Dicho protocolo abordaba explícitamente una amplia gama de cuestiones transfronterizas como la elección de la ley aplicable, la determinación del foro competente, la

conciliación de los créditos y la facultad de impugnar actos nocivos para la masa. Se reconoció, por ejemplo, el derecho de todo acreedor a presentar sus créditos en cada uno de los procedimientos abiertos. El protocolo se atuvo a muchos de los principios enunciados en el Concordato, partiendo del Principio 4, que se ocupa de la situación en la que no se haya abierto procedimiento principal alguno, sino dos procedimientos concurrentes o paralelos en el territorio jurisdiccional de los dos países interesados. Al estar ultimado el protocolo apenas transcurrido el mes de la apertura de los procedimientos, se utilizó para celebrar la primera vista conjunta transfronteriza destinada a coordinar los dos procedimientos. Se ha calculado que se optimizó en un 40% el valor de la masa de la insolvencia gracias a la utilización del protocolo y a la cooperación resultante entre todos los interesados¹⁴.

38. En el caso *Re Nakash* (mayo de 1996)¹⁵, se concertó un protocolo entre Estados Unidos e Israel. Su negociación hubo de ser autorizada por vía legal en Israel y con intervención del foro judicial competente en los dos países. El protocolo ayudó a centrar y coordinar las actuaciones judiciales y a encauzar la cooperación entre los dos tribunales, así como entre las partes (otros protocolos anteriores se ocupaban principalmente de las relaciones entre las partes interesadas). A diferencia de otros casos de insolvencia para los que se había concertado un protocolo transfronterizo, en este caso no se abrieron dos procedimientos paralelos frente al mismo deudor. El conflicto o la cuestión central que este protocolo trató de resolver fue entre el procedimiento que se deseaba abrir contra el deudor en Israel y la paralización automática resultante del procedimiento de insolvencia del deudor (conforme al capítulo 11) abierto en los Estados Unidos, que debería impedir toda actuación contra el deudor en Israel. Al no ser el deudor signatario del protocolo, se opuso a su aprobación y puesta en práctica.

39. El protocolo concertado en la insolvencia *Tee-Comm. Electronics Inc.* (junio de 1997)¹⁶, en un caso que interesaba a los Estados Unidos y al Canadá, puede ser definido como un protocolo de finalidad circunscrita a determinada tarea. Con arreglo a dicho protocolo los administradores, en uno y otro país, comercializarían conjuntamente los bienes del deudor, a fin de optimizar el valor de la masa. Por consiguiente, se ocupaba de la venta de esos bienes, que constituían la cuestión clave desde la apertura del procedimiento, pero sin ocuparse para nada de la distribución del producto de dicha venta o de los acreedores que pudieran tener algún derecho a beneficiarse de esa distribución.

40. En la insolvencia de *Re AIOC Corporation* (abril de 1998)¹⁷, se concertó un protocolo de liquidación entre los Estados Unidos y Suiza. Las dificultades del caso dimanaban no sólo de que el régimen de la insolvencia fuera distinto en Suiza y en los Estados Unidos, sino también de la incapacidad de los representantes de la insolvencia en los Estados Unidos y Suiza para renunciar a su propio cometido legal que les obligaba a administrar sus respectivas liquidaciones. Las partes convinieron en un protocolo que permitiera la liquidación conjunta de los recursos de conformidad con el régimen de la insolvencia de los dos países. La gestión de dicha liquidación en el marco del protocolo constituye uno de los rasgos distintivos de este caso. El protocolo estaba inspirado en el Concordato, pero centró su atención en la canalización adecuada de los recursos y en los procedimientos a seguir para administrar la reconciliación de los créditos.

41. En la insolvencia de *Re Solv-Ex Canada Limited and Solv-Ex Corporation* (enero de 1998)¹⁸ que interesaba a los foros competentes tanto de los Estados Unidos como del Canadá, se celebraron una serie de vistas conjuntas a lo largo de los dos procedimientos. Ciertas resoluciones contradictorias de uno y otro foro habían paralizado de hecho las actuaciones. A raíz de las negociaciones entre las partes interesadas, se organizaron actuaciones simultáneas, conectadas por vía telefónica, para aprobar la venta de los bienes del deudor. Los tribunales llegaron a idénticas conclusiones por las que se autorizó dicha venta, y se alentó a todas las partes a negociar un protocolo transfronterizo que rigiera las actuaciones subsiguientes en dicha insolvencia. Entre las cuestiones procesales así concertadas, cabe citar la de que se presentaran documentos idénticos ante uno y otro foro, y la de facultar a los presidentes de los tribunales para consultarse mutuamente, sin que hubieran de estar presentes los abogados de los interesados, a fin de a) convenir en las directrices para las vistas que hubieran de celebrarse, y b) determinar, la posibilidad de llegar a pronunciar sentencias que fueran mutuamente compatibles. Los tribunales aprobaron subsiguientemente dicho protocolo.

42. Otros casos más recientes de insolvencia transfronteriza entre los Estados Unidos y el Canadá han dado lugar a la concertación de protocolos más completos.

43. En *Loewen Group Inc.* (junio de 1999)¹⁹, el deudor, una gran empresa multinacional, solicitó la apertura de un procedimiento de insolvencia en el territorio de ambos países y presentó inmediatamente ante los tribunales competentes de cada país un protocolo completo por el que se establecían los procedimientos que habían de seguirse para la coordinación y cooperación de los dos foros competentes entre sí. El deudor se había dado cuenta de la importancia de la coordinación transfronteriza de las actuaciones para el plan de reorganización de su empresa, por lo que había tomado la iniciativa de preparar un proyecto de protocolo que fue aprobado como providencia inicial el día de la apertura de los dos procedimientos. Dicho protocolo disponía que los dos tribunales podrían comunicarse entre sí y organizar vistas conjuntas, fijando el reglamento que se observaría en dichas vistas; los acreedores y otras partes interesadas podían personarse ante uno y otro foro; la jurisdicción de cada tribunal sobre el representante de la insolvencia del tribunal extranjero quedaría limitada a aquellos asuntos en los que el representante extranjero de la insolvencia se personara ante el respectivo tribunal; y toda paralización de las actuaciones sería coordinada entre los dos tribunales.

44. *Livent Inc.* (junio de 1999)²⁰, fue el primer caso en el que se celebraron vistas conjuntas transfronterizas mediante un circuito cerrado de televisión por satélite. Se celebraron dos vistas conjuntas. La primera de ellas se destinó a la aprobación de un protocolo transfronterizo para la conciliación de los créditos de los acreedores frente al deudor. La segunda vista se destinó a la venta de la práctica totalidad de los bienes del deudor. El protocolo había expresamente previsto la celebración de esas vistas y facultaba a los presidentes de los tribunales para examinar y resolver toda cuestión técnica o procesal concerniente a cada una de las vistas conjuntas que se celebraron.

45. El caso *Philip Services Corporation* (junio de 1999)²¹, dio lugar a la primera “negociación previa de un plan de reorganización”²². Antes de solicitarse la apertura de un procedimiento de insolvencia, el deudor negoció con sus acreedores un plan de reorganización, de varios meses de duración. Se deseaba que, a raíz de su aprobación

por los tribunales, el plan sería aplicado en el territorio de ambos países. Al igual que en el caso *Loewen Group*, se presentó a los dos tribunales un protocolo plenamente elaborado que fue aprobado como providencia inicial. Se ha citado este caso como ejemplo de un protocolo que preveía una armonización y coordinación general y amplia de las actuaciones transfronterizas, de conformidad con los principios del Concordato (en contraste con el protocolo de alcance muy limitado anteriormente descrito en el párr. 39). Cabe citar entre sus metas generales las de: promover una administración ordenada, eficiente, equitativa y abierta de la masa de la insolvencia; la de respetar la independencia y la integridad de cada uno de los dos foros competentes; la de fomentar la cooperación y la cortesía internacional; y la de instituir un marco de principios generales que permitieran resolver toda cuestión administrativa dimanante de la índole transfronteriza de las actuaciones abiertas. Para lograr esas metas, el protocolo preveía, entre otras cosas, la coordinación y cooperación directa entre los tribunales, la contratación y remuneración de personal profesional competente y el reconocimiento conjunto de toda paralización que se decretara de ciertas actuaciones. Con arreglo al protocolo, los tribunales convinieron asimismo en cooperar, siempre que fuera posible, en la coordinación de la labor de conciliar y satisfacer los créditos, así como en la confirmación del plan y en toda votación requerida.

46. En el caso *Inverworld Inc.* (octubre de 1999)²³, en el que estaban interesados los Estados Unidos, el Reino Unido y las Islas Caimán, se solicitó la apertura de un procedimiento de insolvencia respecto de la empresa deudora y diversas filiales en los tres Estados. A fin de evitar conflictos, diversas partes interesadas concertaron protocolos que fueron aprobados por los tribunales de cada uno de los tres países. En dichos protocolos se preveía el sobreseimiento de las actuaciones en el Reino Unido, a reserva de que se cumplieran ciertas condiciones concernientes al trato que se había de dar a los acreedores del Reino Unido; una estricta distribución de las cuestiones restantes entre los otros dos foros competentes, así como la aceptación por cada uno de estos dos foros de las decisiones del otro tribunal como vinculantes, impidiendo toda actuación paralela y tratando de coordinar una solución coordinada y global del caso.

47. El protocolo concertado en el caso *Manhattan Investment Fund* (abril de 2000)²⁴, que interesaba a los Estados Unidos y a las Islas Vírgenes Británicas, fijó una serie de objetivos entre los que cabe citar el de coordinar la labor de identificar, reunir y vender los bienes del deudor a fin de optimizar su valor en provecho de los acreedores y la tarea de aprovechar en común la información (así como ciertas comunicaciones privilegiadas) entre los representantes de la insolvencia a fin de minimizar costas y evitar toda duplicación.

48. El creciente recurso a los protocolos ha intensificado la cooperación y la coordinación transfronteriza en provecho de todos los interesados en casos de insolvencia transfronteriza y es probable que ello siga siendo así en futuras insolvencias transfronterizas. El protocolo ofrece un mecanismo complementario de la Ley Modelo de la CNUDMI, cuyo régimen ofrece un marco legal para la cooperación transfronteriza, mientras que el protocolo permite definir el alcance y la índole de la cooperación prevista por la Ley Modelo, adaptándolos a las circunstancias de cada caso.

c) Comunicaciones entre los tribunales

49. Las *Pautas aplicables a las comunicaciones entre tribunales en casos transfronterizos* (2000) fueron elaboradas en el marco del Proyecto al servicio de la insolvencia transnacional iniciado en 1994 por el *American Law Institute* (“ALI”) con miras a desarrollar técnicas procesales cooperativas para su empleo en casos de insolvencia de empresas con bienes o acreedores en dos o más Estados del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), entre Canadá, Estados Unidos y México. La finalidad de este proyecto no era sino la de desarrollar técnicas que fueran utilizables por tribunales y profesionales de la insolvencia. Las Pautas están básicamente inspiradas en casos para los que se concertaron protocolos de insolvencia transfronterizos y tienen por objeto alentar las comunicaciones entre los tribunales, a fin de que cooperen y coordinen sus actuaciones a lo largo de la tramitación de todo caso de insolvencia transfronteriza. Las Pautas indican claramente que se habrá de respetar todo reglamento, práctica o norma de conducta que sea aplicable en el lugar de las actuaciones. No son de índole imperativa, por lo que podrán ser adaptadas y modificadas a las circunstancias de cada caso. Un objetivo clave de las Pautas es la de agilizar las vías de comunicación internacional entre los tribunales, como las cartas o comisiones rogatorias (que pueden demorar y hasta perturbar el curso de la administración de una insolvencia transfronteriza) al alentar el recurso a las tecnologías modernas de comunicación. Son aplicables en todo supuesto en el que se haya notificado adecuadamente a toda parte interesada de conformidad con la vía procesal local (toda cuestión conexa, como la determinación de los interesados a los que se habrá de notificar, se regirá por la ley del foro, por lo que no está regulada en las Pautas). Las Pautas están ya traducidas, y se siguen traduciendo, a diversos idiomas, pudiéndose consulta en línea²⁵.

50. Estas Pautas se utilizan cada vez más al ser frecuentemente adoptadas por los tribunales, y al ser aplicadas por los interesados en numerosos casos de insolvencia transfronteriza.

i) Aplicación de las Pautas por los tribunales

51. En su introducción, se dice que todo tribunal que desee valerse de las Pautas (con o sin modificaciones) debe anunciarlo previamente para sacar mayor provecho de su régimen. Se dice también que el tribunal tal vez prefiera supeditar su aplicación a que el otro tribunal proceda de forma similar, a fin de conseguir que los tribunales, los interesados y los abogados de las partes observen unas mismas pautas de conducta.

52. A comienzos de 2004, las Pautas habían sido aprobadas en un prefacio firmado por jueces de la Argentina, el Canadá, Eslovenia, los Estados Unidos, Japón, Nueva Zelandia, el Reino Unido, la República de Corea, Sudáfrica y Tailandia. El Tribunal Supremo de British Columbia (Canadá) y la División Comercial del Tribunal Superior de Justicia de Ontario (Canadá) han adoptado oficialmente las Pautas (al igual que el Commercial List User’s Committee del Tribunal Superior de Justicia de Ontario).

ii) Aplicación de las Pautas en los protocolos transfronterizos entre el Canadá y los Estados Unidos

53. Las Pautas han sido adoptadas y aprobadas en diversos casos transfronterizos entre el Canadá y los Estados Unidos.

54. Las Pautas fueron oficialmente aprobadas en la insolvencia transfronteriza *Matlack Systems Inc.*²⁶. De conformidad con las sugerencias anteriormente mencionadas, el tribunal canadiense aprobó las Pautas a reserva de que sólo se aplicarían una vez que el tribunal de los Estados Unidos las hubieran, a su vez, aprobado. El tribunal de los Estados Unidos aprobó subsiguientemente un protocolo de insolvencia transfronterizo, que incorporaba explícitamente las Pautas.

55. En *Re PSINet*²⁷ se incorporó el texto completo de las Pautas en el protocolo que se negoció como marco para la celebración de vistas conjuntas entre los dos foros judiciales interesados.

56. Las actuaciones en *Re Systech Retail Systems Corp.*²⁸ dieron lugar a una vista conjunta entre el tribunal de los Estados Unidos y el tribunal canadiense celebrada de conformidad con las Pautas, durante la que se resolvieron y coordinaron una serie de cuestiones transfronterizas suscitadas por este caso.

57. La creciente importancia otorgada por los tribunales estadounidenses a las comunicaciones judiciales internacionales y a la cooperación transfronteriza en supuestos de insolvencia puede verse reflejada en las declaraciones del Tribunal de Apelación de los Estados Unidos en el caso *Stonington Partners Inc.*²⁹. El caso supuso la apertura de actuaciones paralelas o concurrentes en Bélgica y los Estados Unidos y suscitó un conflicto entre el foro competente de uno y otro país respecto del orden de prelación de los créditos. Las partes interesadas consiguieron concertar un protocolo. La Corte de Apelación de los Estados Unidos recomendó “con firmeza” al foro competente de los Estados Unidos que se esforzara por llegar a un acuerdo con el tribunal belga interesado sobre la ruta procesal a seguir o, como mínimo, por llegar a un entendimiento en cuanto a las consideraciones de política normativa en las que se inspiraría la actuación de uno y otro tribunal. En su decisión, el Tribunal de Apelación del Tercer Distrito Judicial insistió firmemente en las ventajas dimanantes, para la administración de justicia, de la cooperación y de las comunicaciones interjudiciales en todo supuesto de insolvencia transfronteriza.

d) Novedades en la interpretación del Reglamento del Consejo de Europa N° 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia

58. Ciertos fallos en los que se da una lectura jurisprudencial de diversos artículos del Reglamento del Consejo de Europa pueden ser de interés para la interpretación de disposiciones análogas de la Ley Modelo. Cabe citar dictámenes sobre el denominado “centro de los principales intereses” o “establecimiento” de una empresa. Si bien está claro que la jurisprudencia no ha marcado aún una pauta clara de interpretación, la Comisión tal vez desee que la secretaría se mantenga informada de las decisiones de los tribunales de la Unión Europea en la medida en que puedan ser útiles para la interpretación de la Ley Modelo.

59. Cabe citar, para fines informativos, una breve selección de las decisiones sobre esta cuestión. Algunos casos siguen pendientes o no han sido aún publicados.

i) Interpretación del “centro de los principales intereses”

60. La Ley Modelo no define el término “centro de los principales intereses” de una empresa, pero su artículo 16 3) enuncia una presunción rebatible o *juris tantum* de que ese centro es el domicilio social de una empresa o, si se trata de una persona natural, su residencia habitual. El artículo 3 1) del Reglamento del Consejo de Europa

enuncia una presunción similar respecto del domicilio o la sede social de una empresa y la relación expositiva 13 indica que dicho centro es el lugar donde la empresa deudora administra con regularidad sus intereses sociales, por lo que será un lugar conocible para terceros.

61. Cierta número de casos ventilados ante tribunales de la Unión Europea han invocado el artículo 3 del Reglamento del Consejo de Europa en lo concerniente a la determinación del centro de los principales intereses de un deudor³⁰.

62. En el caso *Enron Directo Sociedad Limitada* (Reino Unido, julio de 2002)³¹, un acreedor de la empresa ENRON España solicitó la apertura del procedimiento principal de insolvencia en el Reino Unido. El tribunal del Reino Unido aceptó las pruebas presentadas de que, pese a que el domicilio social y los bienes principales de la empresa se encontraban en España, su sede u oficina central estaba en el Reino Unido. Se adujo en apoyo de esta tesis el hecho de que las decisiones ejecutivas, estratégicas y administrativas más importantes en lo concerniente a las actividades financieras y comerciales de la empresa se tomaban en el Reino Unido. El Tribunal pudo constatar asimismo que los principales acreedores de la empresa sabían que la empresa se administraba desde el Reino Unido.

63. El fallo concerniente a *Cirio Del Monte* (Italia, 2003)³² resta asimismo importancia al domicilio social a la hora de determinar cuál es el centro de los principales intereses de una empresa. El tribunal italiano declaró insolventes a todas las filiales de la empresa deudora matriz, inscritas dentro y fuera de la Unión Europea, y dictaminó que el centro de los principales intereses de todas las filiales se encontraba en Italia, dado que todas las decisiones, directivas comerciales y operativas de la empresa y de sus filiales estaban centralizadas en Italia.

64. En el caso *Geveran Trading Co. Ltd. v Kjell Tore Skjevesland* (Reino Unido, noviembre de 2002)³³, se insistió en que la prueba determinante de la ubicación del centro de los principales intereses de la empresa deudora era la del lugar donde se administraran con regularidad sus intereses y donde todo tercero interesado, es decir, sus acreedores, percibían que se encontraba ubicado dicho centro. Respecto de todo deudor que fuera una persona natural, el tribunal dictaminó que el centro de sus principales intereses debiera ser el lugar donde cabía ponerse en contacto con el deudor, aun cuando si el deudor no era un profesional, cabía considerar que ese lugar era su residencia habitual; en el supuesto de todo deudor profesional, el centro de sus principales intereses debía ser su “domicilio profesional”.

65. En el caso *BRAC Budget Rent-A-Car International Inc.* (Reino Unido, febrero de 2003)³⁴, el tribunal del Reino Unido dictaminó que el lugar de inscripción social de una empresa no era el factor determinante, por lo que cabía abrir un procedimiento de insolvencia en la Unión Europea contra una empresa creada fuera de la Unión Europea, siempre que el centro de los principales intereses de dicha empresa estuviera en la Unión Europea. En el caso considerado la empresa había sido creada en los Estados Unidos, pero el tribunal estimó que el centro de sus principales intereses estaba en el Reino Unido, ya que éste era el país donde se administraba dicha empresa, por lo que cabía aplicarle el Reglamento del Consejo de Europa sobre procedimientos de insolvencia. Entre los hechos aducidos figura el de que la empresa llevaba varios años inscrita como empresa extranjera en el Reino Unido, así como la circunstancia de que no hubiera actuado nunca comercialmente en los Estados Unidos y la de que sus operaciones se llevaban a cabo, prácticamente en

su totalidad, en el Reino Unido, que era el lugar donde trabajaba la casi totalidad de sus empleados. El tribunal invocó la relación expositiva 13 del Reglamento del Consejo de Europa. El tribunal dictaminó asimismo que cabía utilizar el Informe Virgos y Smith sobre el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia³⁵ como guía para la interpretación del Reglamento del Consejo de Europa, dado que el Convenio regulaba, en términos prácticamente idénticos las mismas cuestiones que dicho Reglamento. Ahora bien el tribunal estimó que el informe había adoptado una posición básicamente neutra respecto del asunto debatido.

66. En el caso de *Daisytek-ISA Ltd.* (procedimientos abiertos en el Reino Unido, Alemania, Francia 2003)³⁶. El tribunal del Reino Unido dictaminó que la ubicación percibida por terceros (es decir, los acreedores) del centro de los principales intereses de la empresa constituía un factor importante para determinar la ubicación de dicho centro (a la luz del texto “determinable por terceros” de la relación expositiva 13). El tribunal del Reino Unido dictaminó que las filiales en Alemania y Francia de una empresa del Reino Unido tenían el centro de sus principales intereses en el Reino Unido, factor que era además conocido por la mayoría de los principales acreedores de esas filiales, dado que muchas de las funciones importantes de esas filiales se llevaban a cabo en el domicilio social de la empresa matriz en el Reino Unido. Los tribunales alemanes y franceses dictaminaron al principio en sentido contrario que el dictamen emitido en el Reino Unido, por lo que declararon abierto un procedimiento local. En uno y otro país, se revocaron ulteriormente esas decisiones.

67. *Eurofood/Parmalat* (Irlanda, marzo de 2004, Italia, febrero de 2004)³⁷. Este caso, aún pendiente, ha dado lugar a decisiones conflictivas emitidas por tribunales de dos Estados miembros de la Unión Europea. Si bien el tribunal italiano dictaminó que una filial del grupo Parmalat tenía su centro de principales intereses en Italia, el tribunal irlandés dictaminó que dicho centro estaba en Irlanda. El tribunal irlandés basó su decisión en los siguientes hechos: la empresa estaba inscrita en Irlanda; administraba legalmente y con regularidad sus intereses comerciales en Irlanda; y sus acreedores creían que estaban negociando con una empresa irlandesa. Los abogados de Parmalat sostuvieron que el capital de la filial irlandesa estaba plenamente en manos de la casa matriz, y dicha filial había sido formada únicamente para financiar otros miembros del grupo de empresas, y que la política de la empresa se decidía en Italia, que además no tenía empleados en Irlanda. El tribunal irlandés formuló una observación enérgica sobre la necesidad de respetar la privacidad de la empresa, si bien tomó nota de la normalidad de que una filial observara la política comercial del grupo.

68. *Interexx* (Países Bajos, abril de 2004)³⁸. El tribunal tuvo que decidir dónde se encontraba el centro de los principales intereses del deudor, el deudor, una empresa del Reino Unido, sostuvo que el centro de sus principales intereses estaba ubicado en Cardiff, que era la ubicación de su domicilio social. Ahora bien, el tribunal dictaminó que Cardiff era un importante centro de inscripción de sociedades, por lo que no servía para determinar la ubicación del centro de los principales intereses de las empresas allí inscritas. La empresa deudora estaba inscrita en el Reino Unido como entidad extraterritorial; y el órgano gestor de la empresa, que poseía todas las acciones de la sociedad, tenía su sede en los Países Bajos.

69. *Hettlage* (Alemania, mayo de 2004)³⁹. El tribunal sostuvo que si bien todas las funciones esenciales y actividades comerciales de la filial corrían a cargo de la

empresa matriz, el centro de los principales intereses de una empresa filial extranjera era el domicilio social de la empresa matriz, por lo que el procedimiento principal debía ser abierto ante el foro de dicha empresa. El tribunal dictaminó que la empresa matriz alemana prestaba a su filial austríaca servicios importantes, como los servicios de compra, de contabilidad, de tecnología de la información, de publicidad, de comercialización y de administración del personal.

70. *Ci4Net.Com Inc.* (Reino Unido, mayo de 2004)⁴⁰. El tribunal estimó insuficiente que la presunción del lugar de constitución o domicilio social de la empresa no era necesariamente el centro de los principales intereses del deudor, sino que era únicamente un factor que había de ser tenido en cuenta. Un acreedor deseaba declarar abierto un procedimiento de insolvencia contra dos empresas de un grupo, pese al hecho de que esas empresas se habían constituido en los Estados Unidos y en la Isla de Jersey, respectivamente. El tribunal estimó que el centro de los principales intereses de las dos empresas estaba en el Reino Unido.

71. *Parlamat Hungría/Eslovaquia* (Hungría, junio de 2004)⁴¹. Se trata de otro caso en el que el tribunal separa el centro de los principales intereses del deudor del lugar donde estaba ubicado su domicilio social. La empresa era una filial eslovaca de una empresa matriz húngara. El tribunal húngaro dictaminó que las principales decisiones financieras y comerciales de la filial se tomaban en Hungría, lo cual había sido confirmado por terceros.

72. *Aim Underwriting Agencies (Ireland) Limited* (Reino Unido, julio de 2004)⁴². El tribunal estimó que el centro de los principales intereses de una empresa constituida en Irlanda, pero de propiedad inglesa, estaba en el Reino Unido. Entre los hechos citados figura el de que la sociedad se constituyó en Irlanda para beneficiarse del régimen reglamentario irlandés. La empresa estaba controlada desde Londres, dependía del apoyo financiero y administrativo de la sociedad matriz, y la sociedad matriz era el único acreedor conocido de la filial irlandesa y era plenamente consciente de cómo se administraba la filial.

73. Resulta evidente a la luz de los casos conocidos hasta la fecha, que la presunción del Reglamento del Consejo de Europa de que el domicilio social del deudor es el centro de sus principales intereses no es, en modo alguno, una presunción concluyente. De conformidad con la relación expositiva 13 del Reglamento europeo, se ha de considerar también el lugar donde el deudor administre con regularidad sus intereses de forma que permita que un tercero se cerciore de ello. Entre los factores que se han de tener en cuenta cabe citar la ubicación de la sede de la empresa, así como la de sus operaciones y empleados y el lugar donde se tomen sus decisiones, sin olvidarse de los derechos y las expectativas de los acreedores.

74. Una vez que se haya determinado la ubicación del centro de los principales intereses del deudor y se declare abierto el procedimiento principal, el artículo 16 1) del Reglamento del Consejo de Europa prevé un reconocimiento automático de dicho procedimiento en el interior de la Unión Europea. En la mayoría de los casos la determinación del centro de los principales intereses de una empresa ha permitido abrir un procedimiento principal contra dicha empresa ante el tribunal con jurisdicción sobre dicho lugar, mientras que son muy pocos los casos en que dicho tribunal se haya declarado incompetente. Ahora bien, el juego combinado de la regla por la que se prevé el reconocimiento automático del procedimiento principal y de la

diversidad de los factores que se utilizan para determinar el centro de los principales intereses de una empresa ha dado lugar a situaciones como la de *Eurofoods/Parmalat* y *Daisytek*, en la que más de un foro estimó que tenía jurisdicción sobre el lugar donde se encontraba el centro de los principales intereses del deudor. Ello resta certidumbre y predecibilidad al centro de los principales intereses de la empresa como factor de conexión determinante y dificulta la determinación de dicho lugar por todo tercero interesado, que desee saber cuál será la ley aplicable en el supuesto de que una empresa deudora se declare insolvente. Esa indeterminación puede dar también lugar, como han sugerido algunos comentaristas, al tipo de maniobras de selección del foro más favorable que el Reglamento europeo tenía por objeto evitar.

75. El tribunal irlandés que entendió del caso *Eurofoods/Parmalat* planteó una serie de cuestiones ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con arreglo al artículo 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en lo concerniente a la interpretación del artículo 3 del Reglamento del Consejo de Europa.

ii) *Establecimiento*

76. La noción de “establecimiento” está definida en el artículo 2 f) de la Ley Modelo y en el artículo 2 h) del Reglamento del Consejo de Europa. Las definiciones son prácticamente iguales, con la salvedad de que la Ley Modelo ha añadido a la definición las palabras “o servicios”.

77. *Telia v Hillcourt* (Reino Unido, octubre de 2002)⁴³. El tribunal desestimó la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia contra el deudor sueco en el Reino Unido basada únicamente en que la filial en el Reino Unido del deudor tenía un establecimiento en el territorio del Reino Unido, que el tribunal estimó ser un mero establecimiento de la empresa matriz deudora sueca. El tribunal estimó que la mera presencia de una filial no constituía un establecimiento por lo que el tribunal se declaró incompetente para la apertura de un procedimiento frente al deudor.

78. *Automold* (Alemania, enero de 2004)⁴⁴. La empresa deudora había sido constituida en Alemania pero era objeto de un procedimiento de insolvencia abierto en el Reino Unido. El tribunal alemán sostuvo que la existencia de un domicilio social en el territorio del propio Estado bastaba para probar la existencia de un establecimiento, por lo que cabía declarar abierto un procedimiento de insolvencia secundario. En apoyo de su determinación, el tribunal alemán dictaminó que la apertura de un procedimiento principal en el extranjero no impedía la apertura de un procedimiento secundario en el lugar donde el deudor tuviera su domicilio social.

79. Cabe concluir, en base al limitado estudio efectuado, que la presencia de una filial en un Estado no constituye necesariamente prueba de un establecimiento, pero que la presencia de un domicilio social puede ser considerada como prueba de un establecimiento. Puesto que estas cuestiones están estrechamente relacionadas con la determinación del centro de los principales intereses del deudor, particularmente en lo concerniente a la presunción relativa a la ubicación del domicilio social del deudor, cabe sugerir que un estudio del dictamen emitido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del que se habló anteriormente, pudiera contribuir a aclarar algo estas cuestiones.

Notas

- ¹ Ley de Concursos Mercantiles, D.O. 12 de mayo de 2000 (México).
- ² Ley de insolvencia y reorganización de empresas, febrero de 2002.
- ³ Ley de asistencia y reconocimiento de procedimientos de insolvencia en el extranjero (Ley N° 129 de 2000).
- ⁴ Ley de insolvencia transfronteriza, 42 (2000), art. 34 (Sudáfrica).
- ⁵ Ley N° 637 de 7 de diciembre de 2002 sobre relaciones de derecho internacional privado en el campo de la insolvencia.
- ⁶ Ley sobre insolvencia y reorganización de empresas de 28 de febrero de 2003.
- ⁷ Insolvency Act, 2003. Esta ley, que entró en vigor en agosto de 2004, ha dedicado una parte (Part XVIII); a la insolvencia transfronteriza; dicha parte no ha entrado aún en vigor. Part XIX Orders in Aid of Foreign Proceedings, que ha entrado ya en vigor, faculta al representante extranjero para solicitar diversas medidas en auxilio del procedimiento extranjero y señala las cuestiones que el foro local deberá tener en cuenta al otorgar dichas medidas. En esta parte de la ley figuran disposiciones similares a las de los artículos 5, 7 y 10 de la Ley Modelo.
- ⁸ Insolvency Act 2000.
- ⁹ Concertado entre los Estados Unidos y el Reino Unido. United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 91 B 15741, (January 15, 1992) and the High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court, Case No. 0014001 of 1991, (December 31, 1991). El texto de este y de otros protocolos examinados en la presente Nota se encuentran en www.iiiglobal.org.
- ¹⁰ Entre la Ontario Court of Justice, en Toronto, y la United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (Reasons for Decision of the Ontario Court of Justice: (1993), 20 C.B.R. (3d) 165).
- ¹¹ Entre la United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York y la Supreme Court of the Commonwealth of the Bahamas, 8 de diciembre de 1994.
- ¹² Consúltese el texto del Concordato en www.iiiglobal.org/international/projects/concordat.pdf.
- ¹³ Tribunal de Justicia de Ontario. Toronto, 15 de mayo de 1996.
- ¹⁴ Justice J.M. Farley, A Judicial Perspective on International Cooperation in Insolvency Cases, 17 Am. Bankr. Inst. J. 12, March 1998.
- ¹⁵ Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos para el distrito sur de Nueva York, Case No. 94 B 44840, 23 May, 1996 y Tribunal del distrito de Jerusalén, Case No. 1595/87, 23 May, 1996.
- ¹⁶ Entre el Tribunal de Justicia de Ontario y el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos para el distrito de Delaware, 27 de junio de 1997.
- ¹⁷ Entre los Estados Unidos y Suiza: Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos para el distrito sur de Nueva York, Case Nos. 96 B 41895 and 96 B 41896, 3 April, 1998.
- ¹⁸ Entre el Tribunal de Alberta, Case No. 9701-10022, 28 January, 1998 y el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos para el distrito de Nuevo México, Case No. 11-97-14362-MA, 28 January, 1998.
- ¹⁹ Entre el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos para el distrito de Delaware, Case No. 99-1244 30 June, 1999 y el Tribunal Superior de Justicia de Ontario, Toronto, Case No. 99-CL-3384 1 June, 1999.
- ²⁰ Entre el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos para el distrito sur de Nueva York, Case No. 98-B-48312, y el Tribunal Superior de Justicia de Ontario, Toronto, Case No. 98-CL-3162, 11 June, 1999).
- ²¹ Entre el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos para el distrito de Delaware, Case No. 99-B-02385, 28 June, 1999 y el Tribunal Superior de Justicia de Ontario, Toronto, Case No. 99-CL-3442, 25 June, 1999.

-
- ²² Dicha técnica, permitida en algunos países, prevé la negociación por adelantado de un plan de reorganización, con anterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia en el que se solicitará del tribunal que dé su aprobación subsiguiente al plan ya negociado.
- ²³ Entre el Tribunal de los Estados Unidos para el distrito de Texas occidental, Case No. SA99-C0822FB, 22 October, 1999, la Chancery Division del Tribunal Superior de Justicia del Reino Unido (1999) y la Gran Corte de las Islas Caimán (1999).
- ²⁴ Entre el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos para el distrito sur de Nueva York, Case No. 00-10922BRL, April 2000, el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Vírgenes Británicas, Case No. 19 of 2000, April, 2000 y el Tribunal Supremo de Bermuda, Case No. 2000/37, April 2000.
- ²⁵ Véase *International Insolvency Institute* www.iiiglobal.org/international/guidelines.html. Las Pautas están actualmente disponibles en alemán, chino, coreano, croata, español, francés, inglés, italiano, japonés, portugués, ruso y sueco.
- ²⁶ (2001), 26 C. B. R. (4th) 45 (Ont. S. C. J. y el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos para el distrito de Delaware, Case No. 01-01114 (MFW), May 24, 2001.
- ²⁷ (2001), 28 C. B. R. (4th) 95.
- ²⁸ Tribunal Superior de Justicia de Ontario, Court file No. 03-CL-4836.
- ²⁹ United States Court of Appeal for the Third Circuit, November 2002, 310 F.3d118; 40 Bankr. Ct. Dec. 113.
- ³⁰ Consúltese, para toda información adicional, la dirección www.eir-database.com.
- ³¹ High Court, Chancery Division, July 2002.
- ³² Tribunale Roma, 26 de noviembre de 2003 (Cirio Finance Luxembourg S.A.).
- ³³ English High Court [2003 BCC 391].
- ³⁴ High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court (England) of 7 February 2003 EWHC (Ch) 128 - 0042/2003.
- ³⁵ Informe sobre el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia del Profesor Miguel Virgos y del Sr. Etienne Schmit, emitido por sus autores como Guía del Convenio de 1995, y pese a que el informe no fue nunca ultimado ni aprobado por los ministros de justicia de la Comunidad Europea, se considera como una guía extraoficial para su interpretación.
- ³⁶ Tribunal de Apelación de Versailles, 4 de septiembre de 2003 - 03/05038; High Court, Leeds, England 16 May 2003 [2003] All ER (D) 312; Tribunal Regional de Düsseldorf, 6 de junio de 2003, I-3 W 53/04.
- ³⁷ Tribunal Supremo de Irlanda, 147/04, 27 de julio de 2004; Tribunal de Parma, 30 de febrero de 2004.
- ³⁸ Tribunal de Apelación de La Haya, 8 de abril de 2003.
- ³⁹ Tribunal del Distrito de Munich, 4 de mayo de 2004: 1501 IE 1276/04.
- ⁴⁰ High Court of Justice, Chancery Division (England) of 20 May 2004 - Nos. 556 and 557 of 2004.
- ⁴¹ Tribunal municipal de Fejer/Székesfehérvár (Hungría), 14 de junio de 2004.
- ⁴² UK High Court of 2 July 2004: aún no publicada.
- ⁴³ High Court of Justice, Chancery Division (England) [2002] EWDC 2377 (Ch).
- ⁴⁴ Tribunal del Distrito de Colonia (Alemania), 23 de enero de 2004, 71 IN 1/04.
-