



**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional****46° período de sesiones**

Viena, 8 a 26 de julio de 2013

**Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia
Transfronteriza: la perspectiva judicial****Nota de la Secretaría****I. Introducción**

1. En su 44° período de sesiones, celebrado en 2011, la Comisión finalizó y aprobó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: la perspectiva judicial¹ y pidió a la Secretaría que estableciera un mecanismo para actualizar continuamente el texto con la misma flexibilidad con que se elaboró, y garantizando que se mantuviera su tono neutro y que siguiera cumpliendo la finalidad enunciada en él².
2. La Secretaría creó una junta de expertos para que la asesorara en la actualización de la Perspectiva Judicial, a fin de tener en cuenta la jurisprudencia reciente de interpretación de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza y de reflejar las revisiones que se estaban preparando de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno.
3. En el texto que figura más adelante se recogen los párrafos de la Perspectiva Judicial que han sido objeto de actualización para reflejar la jurisprudencia más reciente, así como las revisiones de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno propuestas por el Grupo de Trabajo V (véase A/CN.9/WG.V/WP.112), con miras a su examen por la Comisión en su 46° período de sesiones, junto con las enmiendas propuestas en el 43° período de sesiones del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) en abril de 2013 (véase

¹ A la fecha del presente documento, el texto se puede consultar en www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/insolvency/2011Judicial_Perspective.html.

² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/66/17)*, párr. 198.



A/CN.9/766). Los párrafos que no van a ser actualizados (y que, por tanto, siguen siendo los mismos que figuran en la versión publicada del texto) no han sido incluidos en el presente documento; en ese caso, esos párrafos se indican mediante el signo [...]. El Anexo I incluye únicamente los resúmenes de nuevos casos que se han de agregar al texto; la lista de casos indica todos los casos que serán incluidos en el anexo completo.

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

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	3
A. Finalidad y alcance	3
B. Glosario	3
II. Antecedentes	4
A. Alcance y aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI	4
B. La perspectiva de un juez	5
C. Finalidad de la Ley Modelo de la CNUDMI	5
III. Interpretación y aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI	6
A. El principio del “acceso”	6
B. El principio del “reconocimiento”	6
C. El proceso de reconocimiento de un procedimiento extranjero	9
D. Medidas previstas	24
E. Cooperación y coordinación	28
 Anexos	
I. Resúmenes de casos	31
II. Decisión de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y resolución 66/9 de la Asamblea General	45

Prefacio

Párrs. 1 a 3 [...].

La Perspectiva Judicial fue actualizada en 2013 para reflejar las revisiones de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo, adoptadas por la Comisión en 2013 como Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo, y para incluir la jurisprudencia reciente de aplicación e interpretación de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), en su 43º período de sesiones (abril de 2013), y el Décimo Coloquio Judicial Multinacional, celebrado en La Haya en mayo de 2013, tomaron nota de las actualizaciones del texto publicado de *La Perspectiva Judicial*, antes de que la Comisión los examinara en el año en curso.

I. Introducción

A. Finalidad y alcance

1. En el presente texto se examina la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza desde la perspectiva de un juez. Habida cuenta de que algunos Estados promulgantes han enmendado la Ley Modelo adoptándola a las circunstancias del país, cabría seguir distintos enfoques si un juez llega a la conclusión de que es preciso omitir o modificar un determinado artículo del texto promulgado³. El presente texto se basa en la Ley Modelo aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1997 y en la Guía para la incorporación al derecho interno que acompaña la Ley⁴. La Guía para la incorporación al derecho interno ha sido sometida a revisión a fin de incluir las orientaciones adicionales impartidas con respecto a la interpretación y aplicación de determinados aspectos de la Ley Modelo relativos al “centro de los principales intereses”, a la luz de la nueva jurisprudencia de interpretación de la Ley Modelo en los Estados que han promulgado legislación basada en ella. La Comisión aprobó las revisiones en 2013 como “Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza”.

2. [...]

3. [...]

4. [...]

B. Glosario

1. Términos, conceptos y explicaciones

5. [...]

³ En el presente texto no se remite a las distintas adaptaciones de la Ley Modelo que han hecho algunos Estados promulgantes ni se emiten opiniones al respecto.

⁴ Resolución 52/158 de la Asamblea General.

2. Material de referencia

a) Remisiones a casos

6. [...]

b) Remisiones a textos

7. [...]

a) [...]

b) “La Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación”: la Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, revisada en 2013;

c) “La Guía Legislativa de la CNUDMI”: La Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (2004), comprendida la parte tercera adoptada en 2010;

d) a g) [...]

II. Antecedentes

A. Alcance y aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI

8. En diciembre de 1997, la Asamblea General refrendó la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza, elaborada y adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). La Ley Modelo iba acompañada de una Guía para la incorporación al derecho interno que ofrecía información explicativa y de antecedentes para ayudar a los encargados de preparar la legislación necesaria para aplicar la Ley Modelo y a los jueces y demás responsables de su aplicación e interpretación. Como ya se señaló, la Guía para la incorporación al derecho interno ha sido revisada a fin de incluir las orientaciones complementarias impartidas con respecto a la interpretación y aplicación de determinados aspectos de la Ley Modelo relativos al “centro de los principales intereses”, y la Comisión la aprobó en 2013 como “Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza”.

9. Revítese la última oración de modo que diga: “A fines de abril de 2013, 20 Estados y territorios habían promulgado legislación basada en la Ley Modelo⁵”.

⁵ Australia (2008), Canadá (2005), Colombia (2006), Eritrea (1998), Eslovenia (2007), Estados Unidos de América (2005), Gran Bretaña (2006), Grecia (2010), Islas Vírgenes Británicas (territorio de ultramar del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) (2003), Japón (2000), Mauricio (2009), México (2000), Montenegro (2002), Nueva Zelandia (2006), Polonia (2003), República de Corea (2006), Rumania (2002), Serbia (2004), Sudáfrica (2000) y Uganda (2011). El año de promulgación indicado es el año en que el órgano legislativo correspondiente aprobó la legislación, según se comunicó a la Secretaría de la CNUDMI; no se indica la fecha de entrada en vigor de esa legislación, puesto que, como los procedimientos pertinentes difieren de un Estado a otro, la entrada en vigor podría producirse con cierta posterioridad a la promulgación.

10 a 15. [...]

B. La perspectiva de un juez

16. Si bien la Ley Modelo de la CNUDMI pone de relieve la conveniencia de adoptar un enfoque uniforme de su interpretación que se base en sus orígenes internacionales⁶, es probable que el derecho interno de la mayoría de los Estados exija una interpretación conforme a la legislación del respectivo Estado, a menos que el Estado promulgante haya hecho suyo el criterio “internacional” en su propia legislación⁷. En cualquier caso, es probable que todo tribunal que tenga en cuenta la legislación basada en la Ley Modelo encuentre que la jurisprudencia internacional lo ayudará en su interpretación.

17 a 23. [...]

24. Agregar la siguiente oración al final del párrafo: “El Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), en su 43º período de sesiones (abril de 2013), y el Décimo Coloquio Judicial Multinacional, celebrado en La Haya en mayo de 2013, tomaron nota de las revisiones del texto publicado, antes de que la Comisión las examinara en el año en curso.”

C. Finalidad de la Ley Modelo de la CNUDMI

25. [...]

26. Como ya se ha mencionado, la Ley Modelo respeta las diferencias entre las leyes procesales nacionales y no pretende lograr una unificación sustantiva de los regímenes de la insolvencia. Constituye, más bien, un marco de cooperación entre jurisdicciones, ofreciendo soluciones que pueden contribuir a resolver problemas mediante métodos aparentemente sencillos pero importantes, consistentes, por ejemplo en:

a) a f) [...]

g) Establecer reglas de coordinación entre las medidas cautelares otorgadas en el Estado promulgante para prestar asistencia a dos o más procedimientos de insolvencia entablados, respecto del mismo deudor, en distintos Estados.

27 y 28. [...]

⁶ En los Estados que incorporen a su derecho interno la Ley Modelo, sus disposiciones deberán interpretarse teniendo en cuenta “su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe” (Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 8).

⁷ Efectivamente, la propia Ley Modelo de la CNUDMI especifica que, en caso de conflicto entre la Ley Modelo y un tratado o acuerdo en el que el Estado promulgante sea parte, las disposiciones de ese tratado o acuerdo prevalecerán sobre las disposiciones de la Ley Modelo (artículo 3) y los párrafos 76 a 78 de la Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación.

III. Interpretación y aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI

A. El principio del “acceso”

29 a 34. [...]

35. La Ley Modelo de la CNUDMI prevé que un “representante extranjero” pueda estar designado a título provisional, pero en la definición no entra el caso de un representante cuyo mandato aún no haya entrado en vigor, por ejemplo, debido a la suspensión de una orden de nombramiento del representante de la insolvencia a raíz de una apelación⁸. Cuando se produzca un cambio de la condición jurídica del representante extranjero con posterioridad a su nombramiento, la cuestión se resolvería con arreglo al artículo 18 a). Un criterio para determinar si una persona puede considerarse “representante extranjero” consiste en examinar si se satisfacen los requisitos de la definición de “procedimiento extranjero” antes de determinar si el solicitante ha sido autorizado⁹ a administrar una organización o liquidación de los bienes o negocios del deudor o a actuar como representante del procedimiento extranjero.

36. Conforme a ese enfoque, el juez debería asegurarse de que:

a) El “procedimiento extranjero” respecto del cual se solicita el reconocimiento es un procedimiento judicial o administrativo (comprendido un procedimiento provisional) que se desarrolla en un Estado extranjero¹⁰.

b) a e) [...]

37. [...]

B. El principio del “reconocimiento”

1. Observación introductoria

38 y 39. [...]

2. Requisitos probatorios

40. [...]

⁸ Véase la definición de “representante extranjero” en el artículo 2 d) de la Ley Modelo de la CNUDMI. Un representante extranjero cuyo nombramiento se haya iniciado pero cuya situación jurídica pueda, no obstante, ser objeto de nuevo examen por el tribunal que lo designó, se consideraría como representante extranjero a los efectos del artículo 2 (véase *Lightsquared*, párrs. 19 y 20). Sin embargo, en caso de que, a raíz de ese nuevo examen hubiera de modificarse la condición jurídica del representante extranjero, el tribunal ante el que se recurra tendría que revisar la cuestión a la luz del artículo 18 de la Ley Modelo.

⁹ A los efectos del artículo 2 d) de la Ley Modelo de la CNUDMI.

¹⁰ Véase el examen de las órdenes provisionales y finales en *Gerova* (págs. 12 y 18), nota del párrafo 54 b) del presente documento.

3. Poderes sustantivos para reconocer un procedimiento extranjero

41 a 45. [...]

4. Reciprocidad

46. Agregar “y Uganda” a la nota de este párrafo.

5. La excepción basada en el “orden público”

47. El tribunal ante el que se recurra puede reservarse el derecho a negarse a adoptar cualquiera de las medidas contempladas en la Ley Modelo, incluido el derecho a denegar el reconocimiento de un procedimiento extranjero o el otorgamiento de medidas solicitadas, si la adopción de esas medidas resultara “manifiestamente contraria” al orden público del estado en cuyo territorio se encontrara el tribunal. El concepto de “orden público” está definido en el derecho interno y puede variar de un Estado a otro, razón por la cual la Ley Modelo no contiene una definición uniforme de “orden público”.

48. En algunos Estados el concepto de “orden público”, puede interpretarse con criterios amplios, asimilándose en principio a cualquier regla imperativa de derecho interno. No obstante, en muchos Estados la excepción de orden público se considera limitada a principios fundamentales del derecho, en particular las garantías constitucionales. En esos Estados la excepción de orden público se invocaría para denegar la aplicación de una ley extranjera o el reconocimiento de una sentencia o de un laudo arbitral extranjeros, únicamente cuando tal aplicación o tal reconocimiento vulneraran esos principios fundamentales. El concepto de principio fundamental se rige por la legislación de orden constitucional o de derecho estatutario del Estado en que se encuentra el tribunal. En el caso *Ephedra* se consideró que “no era manifiestamente contraria a los principios de orden público de los Estados Unidos” la imposibilidad de celebrar un juicio con jurado en el Canadá sobre ciertas cuestiones que se habían de resolver en el procedimiento canadiense, en una situación en la que existía un derecho constitucional a un juicio de esa naturaleza en los Estados Unidos. El tribunal estadounidense dictaminó, en el recurso de apelación, que la expresión “manifiestamente contraria al orden público” daba pie a una excepción muy restringida “que solo debe invocarse en circunstancias excepcionales concernientes a asuntos de importancia fundamental para el Estado promulgante”. El tribunal llegó a la conclusión de que, no obstante la importancia que tiene en los Estados Unidos el derecho constitucional a un juicio con jurado, las normas procesales aplicables permitían claramente a los demandantes acogerse a un procedimiento equitativo e imparcial (aunque no hubiese un juicio con jurado) y de que la disposición del ordenamiento interno de los Estados Unidos equivalente al artículo 6 no imponía ningún otro requisito¹¹.

49 a 51. [...]

51A. Además del caso *Ephedra*, en varios casos se ha tenido en cuenta también la excepción basada en el orden público. En el caso *Gold & Honey*, un tribunal estadounidense denegó el reconocimiento de un procedimiento israelí por varios motivos, entre otros los relacionados con el orden público. En ese caso, tras haberse iniciado en los Estados Unidos un procedimiento de insolvencia y tras haberse

¹¹ *Ephedra*, pág. 349.

dictado la paralización automática, se recibió una orden de administración judicial dictada en Israel para la empresa deudora. El juez estadounidense se negó a reconocer el procedimiento de administración judicial con el argumento de que la orden dictada en Israel no solo no constituía un procedimiento colectivo o en el que los bienes y negocios del deudor estuviesen sujetos al control o la supervisión del tribunal, sino porque también significaría “recompensar y legitimar [la] violación tanto de la paralización automática como [de las órdenes posteriores del tribunal] referentes a la paralización”¹². Dado que el reconocimiento “obstaculizaría gravemente la capacidad de los tribunales de quiebras de los Estados Unidos de aplicar dos de las políticas y propósitos más fundamentales de la paralización automática, a saber, impedir que un acreedor obtenga un beneficio frente a otros acreedores y prever la distribución eficaz y ordenada de los bienes del deudor entre todos los acreedores teniendo en cuenta su respectiva prelación”¹³, el juez estadounidense consideró que se había satisfecho el alto nivel de exigencia requerido para fundamentar una excepción por razones de orden público.

51B. En el caso *Toft*, un tribunal estadounidense denegó al representante extranjero de un procedimiento de insolvencia entablado en Alemania el derecho a interceptar el correo postal y electrónico del deudor en los Estados Unidos. El juez estimó que dicha orden recaía dentro de la excepción por motivos de orden público porque rebasaba los límites tradicionales de las facultades de un fideicomisario con arreglo al ordenamiento jurídico de los Estados Unidos, constituía una medida que estaba prohibida por ley en los Estados Unidos y podría exponer a juicio penal a quienes se valieran de ella. La solicitud de una medida de esa índole a instancia de parte era también contraria al ordenamiento jurídico de los Estados Unidos. En Inglaterra, en cambio, se había reconocido y ejecutado una orden similar argumentando que a) la medida otorgada en Alemania no contravenía el orden público inglés puesto que, en virtud del derecho inglés, el tribunal podía dictar la orden de remitir el correo a otro destinatario similar a la orden dictada en Alemania, y b) no habría lugar a la falta de equidad en el procedimiento al otorgar la medida de excepción a instancia de parte, porque el deudor había podido impugnar la orden de interceptación del correo en el procedimiento alemán, y el tribunal alemán había desestimado esa impugnación¹⁴.

6. Procedimientos extranjeros “principales” y “no principales”

52. [...]

7. Modificación o revocación de una orden de reconocimiento

53. Es posible que el tribunal ante el que se recurra revise su decisión de reconocer un procedimiento extranjero como procedimiento “principal” o como procedimiento “no principal” cuando se demuestre “la ausencia parcial o total de los motivos por los que se otorgó” la orden de reconocimiento¹⁵.

¹² *Gold & Honey*, pág. 371.

¹³ *Ibid.*, pág. 372.

¹⁴ Orden del Tribunal Superior, 16 de febrero de 2011.

¹⁵ *Ibid.*, art. 17, párr. 4.

54. Las circunstancias en las que cabría modificar o revocar una decisión de reconocimiento, son, por ejemplo, las siguientes:

a) [...]

b) [...]. Al final del párrafo agréguese una nota de pie de página, cuyo texto diga lo siguiente: “En el caso *Gerova*, algunos acreedores arguyeron que no se deberían reconocer los procedimientos extranjeros en los Estados Unidos en vista de que la orden de iniciarlos era objeto de apelación. El tribunal estadounidense estimó que en las disposiciones pertinentes del código de los Estados Unidos (11 USC § 1517, 1515) [artículo 17 o artículo 15, a) de la Ley Modelo] no se estipulaba que la decisión debería ser definitiva ni ser objeto de apelación. El tribunal observó que la orden del tribunal extranjero bastaba para permitir a los representantes extranjeros asumir sus funciones y que en caso de que la orden fuese revocada en apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 los representantes extranjeros deberían informar sin demora al tribunal (pág. 12)”.

c) Cuando se hayan producido cambios en la naturaleza del procedimiento extranjero reconocido, por ejemplo, cuando un procedimiento de reorganización se haya transformado en un procedimiento de liquidación, o en el nombramiento del representante extranjero;

d) [...]

55. [...]

C. El proceso de reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. Introducción

56. [...]

a) Un procedimiento judicial o administrativo en un Estado extranjero;

b) a c) [...]

57 y 58. [...]

59. Para determinar si un procedimiento extranjero (contra una empresa deudora) se debe calificar como procedimiento “principal”, lo fundamental es establecer si se sigue “en un Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses”¹⁶. De tratarse de una persona física, se presume que el “centro de sus principales intereses” es la “residencia habitual” de esa persona. En el caso *Re Stojevic*¹⁷ el tribunal inglés consideró que, fundamentalmente, la residencia habitual de una persona es su hogar permanente establecido, donde vive con su cónyuge y su familia hasta que los miembros más jóvenes de la familia, una vez adultos, abandonan el hogar, y el lugar al que regresa después de sus viajes de trabajo a otros sitios o al extranjero. También observó que una persona podría tener otra residencia, llamada residencia ordinaria, que es un lugar donde vive, sin que sea su domicilio permanente establecido, y el lugar en el que vive cuando se encuentra fuera del hogar por sus actividades laborales o en vacaciones con su cónyuge y su familia.

¹⁶ Véase el análisis hecho en los párrafos 75 a 110.

¹⁷ [2007] BPIR 141, párr. 58 y siguientes.

Según la naturaleza de su trabajo, una persona puede vivir fuera de su domicilio permanente establecido durante más días durante un año de los que vive con su cónyuge y su familia. En el caso *Williams c. Simpson (No. 5)*, el tribunal neozelandés estimó que la determinación del lugar de la residencia habitual se basaría principalmente en los hechos propios de cada caso. Señaló que se tendrían en cuenta factores como el objetivo establecido, la duración real y prevista de la permanencia en un Estado, el motivo de la estancia, la intensidad de los lazos con ese Estado o con cualquier otro Estado (tanto en el pasado como en el presente), el grado de asimilación en el Estado (incluidos los arreglos de vivienda y escolarización) y la integración cultural, social y económica”¹⁸. Aunque el deudor había desarrollado actividades empresariales en Inglaterra, donde vivía ocasionalmente, y tenía pasaporte tanto del Reino Unido como de Nueva Zelandia, el tribunal dictaminó que las pruebas presentadas eran insuficientes para refutar la presunción y que la residencia habitual del deudor se encontraba en Nueva Zelandia.

60 a 63. [...]

64. Algunos de los casos en que se consideró el significado de “procedimiento extranjero”, “procedimiento extranjero principal” y “procedimiento extranjero no principal” afectaban a miembros de grupos de empresas. A los efectos de la Ley Modelo, el interés se centra en las entidades individuales y, por consiguiente, en todos y cada uno de los miembros de un grupo empresarial como entidad jurídica separada¹⁹. Puede suceder que el centro de los principales intereses de cada empresa del grupo pertenezca a la misma jurisdicción, en cuyo caso la insolvencia de esas empresas se puede llevar a cabo en una sola jurisdicción, pero no cabe considerar el centro de los principales intereses del grupo de empresas como tal en el marco de la Ley Modelo.

65. [...]

2. Elementos de la definición de “procedimiento extranjero”

65A. En los párrafos siguientes se examinan las diversas características requeridas de un “procedimiento extranjero” con arreglo al artículo 2. Si bien se examinan por separado, esas características son acumulativas, y el artículo 2 a) debería considerarse como un todo. Al examinar la solicitud de reconocimiento se determinaría si un procedimiento extranjero posee o poseía esas características.

a) “Procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo”

66. La Ley Modelo de la CNUDMI se elaboró de forma que solo fuera aplicable en determinados tipos de procedimientos de insolvencia. Las revisiones de la Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo indican que la idea de un procedimiento de insolvencia “colectivo” se basa en la conveniencia de llegar a una solución coordinada y global para todas las partes interesadas en un procedimiento de insolvencia. La Ley Modelo no debe entenderse como un mero mecanismo de cobro para un determinado acreedor o grupo de acreedores que puedan haber entablado un procedimiento en otro Estado con el fin

¹⁸ Párr. 42, en que se cita el caso *Basingstoke c. Groot* [2007] NZFLR 363 (CA).

¹⁹ Este punto lo pone de relieve el tribunal canadiense en el caso *Lightsquared*, párr. 29; véase también el caso *Eurofood*, párr. 37 (resuelto en virtud del Reglamento del Consejo Europeo).

de cobrar sus créditos ni como un instrumento encaminado a acumular bienes en un procedimiento de liquidación²⁰ o de rehabilitación que no prevea también disposiciones para atender las reclamaciones de los acreedores. La Ley Modelo puede ser un instrumento apropiado para cierta clase de acciones que tengan fines de reglamentación, por ejemplo la administración judicial de entidades sujetas a reglamentación pública como las compañías de seguros o las empresas de corretaje, siempre y cuando el procedimiento sea colectivo en el sentido en que se emplea ese término en la Ley Modelo. Para que un procedimiento sea colectivo, también debe reunir los demás elementos de la definición, entre ellos que tenga como fin la liquidación o la reorganización (véase párrs. ...).

66A. Al evaluar si un determinado procedimiento es colectivo a efectos de la Ley Modelo, una de las consideraciones fundamentales es determinar si en el procedimiento se tienen en cuenta prácticamente todos los bienes y las deudas del deudor, sin perjuicio de las prioridades y excepciones legislativas del país ni de la exclusión de determinados derechos de los acreedores garantizados en su ordenamiento jurídico. Sin embargo, no se puede considerar que un procedimiento no es colectivo únicamente por el hecho de que no afecte a los derechos de una clase particular de acreedores. Un ejemplo sería el procedimiento de insolvencia en que se excluyen los bienes gravados de la masa de la insolvencia, de tal manera que no les afecte la apertura del procedimiento y se permita a los acreedores garantizados hacer valer sus derechos al margen del régimen de la insolvencia. Otra manera de tratar a los acreedores en un procedimiento colectivo a los efectos del artículo 2 es otorgar a los acreedores que se vean perjudicados por el procedimiento el derecho (aunque no necesariamente la obligación) a presentar sus créditos con miras a que se adopte una determinación, a recibir una parte equitativa en la distribución que se haga, o a la satisfacción de esos créditos, a participar en el procedimiento y a recibir una notificación a fin de facilitar esa participación²¹.

67 a 69. [...]

70. En otro caso, el caso *Stanford International Bank*, el tribunal inglés dictaminó que un mandamiento de administración judicial dictado por un tribunal estadounidense no era un procedimiento colectivo con arreglo a una ley relativa a la insolvencia. El tribunal ante el que se recurrió dictaminó que el mandamiento se había otorgado después de la intervención de la Comisión de Valores y Bolsa de los Estados Unidos (SEC) para “impedir un fraude masivo”. El objetivo del mandamiento era impedir que los inversores sufrieran una pérdida, y no reorganizar la sociedad o realizar bienes en beneficio de todos los acreedores²². Esa opinión fue

²⁰ La “liquidación” es un procedimiento por el cual se pone fin a la existencia de una empresa y de sus negocios.

²¹ En el caso *Ashapura Minechem*, el tribunal estadounidense estimó que aunque la legislación india con arreglo a la cual se había entablado el procedimiento extranjero no preveía un mecanismo formal para la participación de acreedores no asegurados, en la práctica esos acreedores tenían voz en el procedimiento (a discreción de la Junta de Reconstrucción Industrial y Financiera que administraba la legislación pertinente), podían ser parte en las distribuciones en virtud de un arreglo con los acreedores y gozaban del derecho de apelar contra determinaciones contrarias que adoptara la Junta y hacer que dichas apelaciones fuesen escuchadas en el sistema judicial de la India. El tribunal llegó a la conclusión de que la posibilidad de una revisión por un tribunal de apelación y el derecho de los acreedores a participar ante la Junta demostraban que el procedimiento era colectivo (págs. 5 y 6).

²² *Stanford International Bank*, párrs. 73 y 84.

corroborada en apelación, en gran medida por los mismos motivos aducidos por el tribunal inferior inglés²³. En otra decisión referente al caso *Stanford International Bank*, un tribunal de apelaciones de los Estados Unidos hizo notar el lenguaje utilizado en otras opiniones de tribunales estadounidenses en las que se había contrapuesto un procedimiento colectivo a un mandamiento de administración judicial y se llegaba a la conclusión de que este último no constituía un procedimiento colectivo²⁴ basándose en que se trataba de un recurso iniciado a instancias de un único acreedor garantizado y para su beneficio. El tribunal estadounidense incluso llegó a la conclusión de que el mandamiento de administración judicial previsto en el caso *Stanford* no constituía un mandamiento de ese tipo ya que había sido dictado “a solicitud de la Comisión de Valores y Bolsa de los Estados Unidos en beneficio de todos los acreedores e inversores que habían sido víctimas de entidades de Stanford”. El tribunal llegó a la conclusión de que aunque el caso que tenía ante sí no requería que dirimiera la cuestión, consideraría, con todo, que el mandamiento de administración judicial constituía un procedimiento colectivo²⁵.

70A. En *ABC Learning Centres*, el tribunal estadounidense estimó que diversas disposiciones de la ley australiana apuntaban a la naturaleza colectiva del procedimiento de liquidación que era objeto de la solicitud de reconocimiento. Entre esas disposiciones cabía mencionar la obligación del liquidador de tener en cuenta los derechos de los acreedores al distribuir los activos del deudor; que, a reserva de determinadas prioridades y otras consideraciones, las deudas y reclamaciones se equiparaban y deberían pagarse por prorrato; que se debía notificar debidamente a todos los acreedores con respecto al procedimiento de insolvencia y las reuniones de acreedores conexas; que la decisión de iniciar ese procedimiento contara con el respaldo de la mayoría de los acreedores tanto por su número como por el monto de la suma que se les adeudaba; que en el comité de acreedores establecido según lo estipulado en la ley australiana habían participado representantes de diversos tipos de acreedores; y que los acreedores tenían el derecho a solicitar la revisión por el tribunal. Hubo acuerdo en que los procedimientos de administración judicial que tuvieran lugar simultáneamente con los de liquidación, situación contemplada en la ley australiana, no constituían un procedimiento colectivo ya que, por su concepción, tenían por objeto beneficiar a los acreedores garantizados que hubiesen iniciado esa acción²⁶.

b) “Conforme a una ley relativa a la insolvencia”

70B. La Ley Modelo incluye el requisito de que el procedimiento extranjero se siga “con arreglo a una norma relativa a la insolvencia” para reconocer el hecho de que la liquidación y la reorganización pueden realizarse en virtud de una legislación que no esté comprendida en el régimen de la insolvencia (por ejemplo, el derecho de sociedades), pero que no obstante regule o aborde cuestiones relacionadas con la insolvencia o situaciones de graves apuros financieros. Se trataba de hallar una descripción lo suficientemente amplia como para abarcar una gama de normas de insolvencia independientemente del tipo de instrumento legislativo en el que

²³ *Stanford International Bank* (en apelación), párrs. 26 y 27.

²⁴ Esos casos se citan en *Betcorp*, pág. 281.

²⁵ *Stanford International Bank*, Tribunal del Distrito del Norte de Texas, 2012, pág. 19, nota 20.

²⁶ *ABC Learning Centres*, en IV.1.c.

estuvieran incluidas²⁷ y de si este contenía o no normas relativas exclusivamente a la insolvencia.

70C. Los tribunales han examinado ese aspecto del artículo 2 a) en varios casos relativos a procedimientos de liquidación voluntarios. En el caso *Stanford International Bank*, el tribunal inglés de primera instancia llegó a la conclusión de que la liquidación de una empresa de Antigua, ordenada por el tribunal de Antigua basándose en que era justo y equitativo proceder a liquidarla, “se ajustaba a una ley relativa a la insolvencia”. Aunque el motivo de la liquidación se limitaba a una acción de conducta reglamentaria indebidamente de acuerdo con la legislación aplicable, la insolvencia de la empresa era un factor pertinente a la facultad discrecional del tribunal de Antigua de dictar la orden. La decisión fue corroborada en el recurso de apelación, y el tribunal de apelaciones inglés observó que puesto que la ley de Antigua preveía la liquidación de sociedades por motivos justos y equitativos, entre los que se contaba la insolvencia, así como el incumplimiento de requisitos reglamentarios, la decisión se podría calificar como una decisión “con arreglo a una ley relativa a la insolvencia”. En *Betcorp*, el tribunal estadounidense estimó que una liquidación voluntaria iniciada con arreglo al derecho australiano se ajustaba “a una ley relativa a la insolvencia” dado que cuando se tenía en cuenta la naturaleza de la legislación pertinente (la Ley de Sociedades) en su conjunto, se trataba de una ley que regulaba todo el ciclo de vida de una sociedad mercantil australiana, comprendida su insolvencia. El tribunal estadounidense siguió esa decisión en *ABC Learning Centres*, que también se relacionaba con una liquidación voluntaria de acreedores australianos efectuada con arreglo a la misma ley.

70D. En el caso *Chow Cho Poon*, un tribunal australiano consideró si una liquidación judicial, ordenada por un tribunal de Singapur con el argumento de que era justa y equitativa, era un proceso “con arreglo a una ley relativa a la insolvencia”. El tribunal tuvo en cuenta las decisiones de los casos *Stanford International Bank*, *Betcorp* y *ABC Learning Centres* y llegó a la conclusión de que esas decisiones apuntaban a una base clara sobre la que se podrían clasificar las disposiciones referentes a esas liquidaciones como “una ley relativa a la insolvencia”. En consecuencia, aun cuando la liquidación de que se trataba fue ordenada por razones de justicia y equidad únicamente y al parecer sin ninguna consideración explícita o implícita de insolvencia, cabía afirmar que se hacía “con arreglo a una ley relativa a la insolvencia”.

70E. Tras el examen y las deliberaciones sobre esta cuestión en el Grupo de Trabajo y en la Comisión, en las revisiones de la Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo se adopta un enfoque diferente de las decisiones antes citadas, y se aclara que no es probable que un procedimiento sencillo para una entidad jurídica solvente que no busque reestructurar sus asuntos financieros sino disolverse como entidad jurídica, se rija por una ley relativa a la insolvencia o a situaciones de graves apuros financieros a los efectos del artículo 2 a). Cuando un tipo de procedimiento se haya abierto con varios fines, entre ellos el de liquidar una entidad solvente, se le aplicará el artículo 2 a) de la Ley Modelo únicamente si el deudor es insolvente o está en una situación de graves apuros financieros.

²⁷ Documento de las Naciones Unidas A/CN.9/422, párr. 49, que se puede consultar en www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/29th.html.

c) Sujetos al control o a la supervisión del tribunal extranjero

71. La definición de “tribunal extranjero”²⁸ no establece ninguna diferencia entre un procedimiento de organización y un procedimiento de liquidación controlado o supervisado por un órgano judicial o administrativo. Este enfoque se adoptó para asegurarse de que los regímenes jurídicos en los que el control o la supervisión son ejercidos por órganos no judiciales quedasen incluidos en el ámbito de la definición de “procedimiento extranjero”²⁹.

71A. En la Ley Modelo no se definen el grado de control o supervisión necesario para cumplir ese aspecto de la definición ni el momento en que se debe proceder a ese control o esa supervisión. En las revisiones de la Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación se indica que aunque la intención es que el control o la supervisión que exige el apartado a) sea de índole oficial, puede ser más potencial que real. Los procedimientos en que el deudor conserva cierto control sobre sus bienes, aun cuando haya de actuar bajo la supervisión del tribunal, como en el caso de un deudor en posesión, cumplirían ese requisito. El control o la supervisión puede ejercerlo no solo el tribunal directamente sino también un representante de la insolvencia en el caso, por ejemplo, de que dicho representante esté sujeto al control o la supervisión del tribunal. La mera supervisión de un representante de la insolvencia por una autoridad expedidora de licencias no bastaría.

71B. No se deben excluir los procedimientos en que el tribunal ha ejercido el control o la supervisión pero deja de estar obligado a ello una vez que se presenta la solicitud de reconocimiento. Un ejemplo de esta última situación podrían ser los casos en que haya aprobado un plan de reorganización y, aunque el tribunal no tenga una función continua con respecto a su aplicación, los procedimientos sigan abiertos o pendientes y el tribunal mantenga la jurisdicción hasta que concluya la aplicación.

71C. En el artículo 2 a) se deja en claro que tanto los bienes como los negocios del deudor deben estar sujetos a control o supervisión judicial; no bastaría con que el procedimiento extranjero abarcará solo una cosa o la otra³⁰.

72. Hasta el momento, el concepto de “control o supervisión” ha recibido limitada atención judicial.

73. [suprimido]

74. El tribunal del caso *Betcorp* dictaminó que el procedimiento de liquidación voluntaria iniciado en Australia estaba sometido a la supervisión de una autoridad judicial: los tribunales australianos. Esa opinión se basaba en tres factores: a) la capacidad de los liquidadores y los acreedores en una liquidación voluntaria de

²⁸ Ley Modelo de la CNUDMI, art. 2 e).

²⁹ Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación, párr. 74. En el caso *Ashapura Minechem*, por ejemplo, el procedimiento indio reconocido en los Estados Unidos estaba pendiente ante la Junta de Reconstrucción Industrial y Financiera, organismo administrativo autorizado para ejercer como tribunal administrativo en virtud de la Ley de empresas industriales en dificultades (Disposiciones Especiales), 1985. En el caso *Tradex Swiss AG* (384 BR 34 en 42 (2008)) [CLOUT], caso núm. 791, la Comisión Federal de la Banca Suiza fue considerada un “tribunal extranjero” porque controlaba y supervisaba la liquidación de entidades dedicadas a la intermediación bancaria.

³⁰ *Gold & Honey*, pág. 371.

pedir la intervención de un tribunal para resolver cualquier cuestión que se plantee durante esa liquidación; b) la jurisdicción general de los tribunales australianos sobre la supervisión de los actos de los liquidadores; y c) la capacidad de cualquier persona “agraviada por cualquier acto, omisión o decisión” de un liquidador de apelar a un tribunal australiano, el cual podrá “confirmar, revocar o modificar el acto o decisión, o corregir la omisión, según proceda”³¹.

74A. En el caso posterior de *ABC Learning Centres* la solicitud de reconocimiento del procedimiento extranjero entablado en Australia fue impugnada por varias razones, entre ellas que el procedimiento de insolvencia extranjero no estaba bajo el control o supervisión de un tribunal extranjero. Sin embargo, el tribunal de los Estados Unidos estimó, basándose en los factores enunciados en *Betcorp*, que, no obstante el hecho de que los tribunales australianos no dirigieran las operaciones cotidianas del deudor y de que la mayoría de los liquidadores continuaban ejerciendo sus obligaciones en gran medida sin participación del tribunal, la ley pertinente asignaba al tribunal australiano diversas funciones de control y supervisión con respecto a procedimientos de liquidación que satisficieran los requisitos del artículo 2 a)³².

d) A los efectos de reorganización o liquidación

74B. Algunos tipos de procedimiento que tal vez satisfagan algunos elementos de la definición de procedimiento extranjero pueden, no obstante, no ser reconocibles por el hecho de no tener por objeto la reorganización o liquidación. Esos procedimientos pueden adoptar diversas formas, incluso puede tratarse de procedimientos concebidos para evitar la dispersión y el desperdicio de los bienes, y no para liquidar o reorganizar la masa de la insolvencia; de procedimientos para impedir que se cause perjuicios a los inversionistas y no a la totalidad de los acreedores (en cuyo caso es probable que no se trate de un procedimiento correctivo); o de procedimientos en los que los poderes conferidos y los deberes impuestos al representante extranjero sean más limitados que los habituales en los casos de liquidación o reorganización, por ejemplo, el poder que solo permite preservar los bienes.

74C. Entre los tipos de procedimiento que podrían no reconocerse figuran las medidas o arreglos de ajuste financiero, de naturaleza puramente contractual, concertados entre el deudor y alguno de sus acreedores en lo que respecta a determinada deuda cuando las negociaciones no conducen a la apertura de un procedimiento de conformidad con la ley de la insolvencia³³. Esas medidas no cumplirían generalmente el requisito de ser de carácter colectivo ni el relativo al control o la supervisión judicial (véanse párrs. 71 a 74).

³¹ *Betcorp*, págs. 283 y 284.

³² *ABC Learning Centres*, [cita por completar].

³³ Esos arreglos contractuales seguirían siendo ejecutables al margen de la Ley Modelo sin necesidad de reconocimiento; nada de lo dispuesto en la Ley Modelo ni en la Guía para la incorporación y la interpretación tiene por objeto restringir la posibilidad de ejecutarlos.

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

a) Introducción

75 y 76. [...]

77. Al comienzo de la tercera oración, suprimanse las palabras “A diferencia de la disposición correspondiente de la Ley Modelo de la CNUDMI”.

78 a 80. [...]

b) Fallos judiciales de interpretación del “centro de los principales intereses”

81. Se han dictado varios fallos judiciales en los que se analiza el significado de la expresión “centro de los principales intereses”, tanto en la aplicación del Reglamento del Consejo Europeo como de leyes internas basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI, y en los que se determinan los factores de posible importancia para impugnar la presunción enunciada en el artículo 16, párrafo 3, de la Ley Modelo en la medida en que se relaciona con sociedades deudoras y personas físicas. Ha surgido una serie de diferencias sutiles de enfoque, y cabría señalar que, a diferencia de lo que ocurre en otros Estados³⁴, en algunas jurisdicciones los tribunales podrían requerir pruebas de mayor calidad o en mayor número para impugnar esa presunción.

82 a 85. [...]

86. La sentencia sobre el caso *Eurofood* atribuye considerable importancia a la necesidad de que sea previsible el lugar donde se ubica el centro de los principales intereses de un deudor. En el caso posterior de *Interedil* el Tribunal Europeo de Justicia dictaminó que la segunda oración del artículo 3 debe interpretarse en el sentido de que “el centro de los principales intereses de la empresa del deudor debía determinarse dando mayor importancia al lugar en que se encontraba la administración central de la empresa, que podía determinarse mediante factores objetivos verificables por terceros”. Cuando el lugar en que se encontraran los órganos de gestión y supervisión de la empresa coincidiera con el domicilio social y con el lugar en que se adoptaran las decisiones administrativas de la empresa, de forma que fuera verificable por las partes, la presunción no podía rebatirse. Sin embargo, cuando la administración central de una empresa no está en el mismo lugar que el domicilio social, se deberá proceder a una evaluación pormenorizada de todos los factores pertinentes a fin de determinar, de manera verificable por terceros, la localización del centro real de gestión y supervisión de la empresa y de la administración de sus intereses. En ese caso particular, el Tribunal dictaminó que la presencia de bienes de la empresa y la existencia de contratos de explotación financiera de esos bienes en un Estado Miembro distinto del de su domicilio social

³⁴ Por ejemplo, en el capítulo 15 del Código de Quiebras de los Estados Unidos (el capítulo en el que se incorpora la Ley Modelo de la CNUDMI) se había cambiado, en la versión inglesa la formulación de la presunción y en lugar de “proof to the contrary” se había utilizado “evidence to the contrary” (en el artículo 1516 c) se estipula que “En ausencia de pruebas en contrario, la sede social del deudor ... se presume que es el centro de los principales intereses del deudor”). Los antecedentes legislativos de ese cambio sugieren que se trataba de reflejar una cuestión de terminología, a saber, que en la forma en que se utiliza el término “evidence” en los Estados Unidos quizá refleje mejor el término “proof” que se utiliza en otros Estados anglófonos. Los fallos de los tribunales de los Estados Unidos deberán leerse en ese contexto.

no podían considerarse factores suficientes para impugnar la presunción, a menos que la evaluación pormenorizada de todos los factores pertinentes apunte hacia ese otro Estado Miembro”³⁵.

87. [trasladado a la nota de pie de página del párrafo 81]

88. [suprimido]

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

90. El tribunal puso de manifiesto el motivo del cambio que se había introducido en la presunción prevista en la legislación de los Estados Unidos, es decir, la sustitución de “proof” por “evidence”³⁶. Refiriéndose a los antecedentes legislativos de esa disposición, el juez dijo lo siguiente:

“La presunción de que el domicilio social es también el centro de los principales intereses del deudor se ha incluido por motivos de rapidez y conveniencia de la prueba cuando no hay ninguna oposición grave a ello”³⁷.

91 y 92. [...]

93. Agréguese la siguiente oración a la nota de pie de página: “La decisión fue confirmada en apelación ante el Tribunal de Distrito [2011 WL 4357421 (SDNY, 16 Sept. 2012)] y es ahora objeto de una nueva apelación”.

94. El fallo sobre el caso *Bear Stearns* fue recurrido sobre la base de que no se habían “reconocido” los principios de cortesía y cooperación y de que el juez supuestamente había interpretado de forma errónea la presunción. En la apelación, el juez no tuvo dificultad en dictaminar que el principio de cortesía había sido desplazado por el concepto de reconocimiento del procedimiento extranjero. El juez de apelación señaló que había que distinguir entre el “reconocimiento” y las “medidas”.

95. El tribunal de apelación confirmó la decisión del tribunal inferior en la que se afirmaba que correspondía al representante extranjero rebatir la presunción y que el tribunal tenía, por su parte, el deber de determinar que así se había hecho, aun cuando nadie se opusiera a esa presunción³⁸.

96. [...]

97. Oraciones 1 a 3 [...]; las oraciones 4 a 7, relativas al momento para determinar el centro de los principales intereses, han sido trasladadas al párrafo 102L.

98. Otros fallos son los dictados por tribunales ingleses en primera instancia y en apelación en el caso *Stanford International Bank*, en ese caso intervenía una solicitud de reconocimiento en Inglaterra de un procedimiento abierto en Antigua y Barbuda. En él se consideró si el criterio del “lugar desde donde se desempeñen las

³⁵ *Interedil*, párr. 59.

³⁶ Véase la nota del párrafo 81.

³⁷ [Cita por completar.]

³⁸ *Bear Stearns* (en apelación), pág. 335.

funciones administrativas principales” se había articulado en fallos anteriores de tribunales ingleses aplicable teniendo en cuenta al caso *Eurofood*.

99 a 101. [...]

102. Agréguese la siguiente oración al final del párrafo: “Casos ulteriores fallados con arreglo a la Ley Modelo han confirmado el requisito de verificabilidad³⁹”.

c) Revisiones de la Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación

102A. Las revisiones de la Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo [que la Comisión aprobó en 2013] responden a la incertidumbre e imprevisibilidad que han surgido con respecto a la interpretación del concepto de centro de los principales intereses. Las notas de la Guía revisada (párrs. 123 a 123E) en el sentido de que cuando el centro de los principales intereses del deudor coincide con su lugar de inscripción, no se planteará ningún problema respecto de la impugnación de la presunción prevista en el artículo 16, párrafo 3, de la Ley Modelo. Sin embargo, el centro de los principales intereses del deudor puede de hecho no coincidir con el lugar de su inscripción y la parte que alegue que el centro de los principales intereses no se encuentra en ese lugar deberá probar al tribunal su ubicación. El tribunal ante el que se recurra deberá considerar por sí mismo la ubicación del centro de los principales intereses del deudor y determinar si se cumplen los requisitos de la Ley Modelo. En algunos casos, le podrá ayudar en esa tarea la información incluida en el mandamiento del tribunal de origen en cuanto a la índole del procedimiento extranjero⁴⁰, aunque ese mandamiento evidentemente no es vinculante para el tribunal ante el que se recurre. En los casos en que el domicilio social del deudor no coincide con el centro de sus principales intereses, este se determinará mediante factores que indiquen a los que hacen negocios con el deudor (especialmente los acreedores) dónde se encuentra.

102B. En las revisiones de la Guía se afirma que los factores principales que se exponen a continuación, considerados en conjunto, tenderán a indicar si el lugar en el que se ha abierto el procedimiento extranjero es el centro de los principales intereses del deudor. Esos factores son el lugar a) en que se lleve a cabo la administración central del deudor, y b) que sea fácilmente verificable para los acreedores.

102C. Cuando esos factores principales no se presten para determinar fácilmente el centro de los principales intereses del deudor, podrán considerarse otros relacionados con sus negocios. Tal vez el tribunal tenga que asignar una mayor o

³⁹ *Lightsquared, Massachusetts Elephant & Castle; Millennium Global; Ackers v Saad* ([2010] FCA 221); *Gerova*.

⁴⁰ A modo de ejemplo, el tribunal canadiense del caso *Cinram International* esbozó los factores que los demandantes habían aducido y que indicaban que la ubicación del centro de los principales intereses del deudor se encontraba en el Canadá. El tribunal indicó que había incluido ese esbozo relativo al centro de los principales intereses “a efectos de información únicamente. Este tribunal reconoce claramente que es función del tribunal ante el que se recurre -en este caso, el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos del Distrito de Delaware- determinar la ubicación del centro de los principales intereses y decidir si ese procedimiento, entablado con arreglo a la Ley de acuerdos con acreedores de empresas canadienses es un “procedimiento principal extranjero” a los efectos del capítulo 15” (párr. 42).

menor importancia a un determinado factor, según las circunstancias del caso de que se trate. No obstante, en todos los casos el proceso ha de considerarse de manera integral y estar destinado a determinar que el lugar del procedimiento extranjero se corresponde efectivamente con el centro de los principales intereses del deudor, que sea fácilmente verificable para los acreedores.

102D. Entre esos otros factores cabe citar los siguientes: el lugar en que se encuentran los libros de contabilidad y los registros del deudor; el lugar en el que se organiza o autoriza la financiación o se administra el sistema de gestión del efectivo, el lugar en que se hallan los activos u operaciones principales del deudor; el lugar en que se encuentra el banco principal del deudor; el lugar en el que están sus empleados; el lugar en que se determina la política comercial; la jurisdicción de la legislación de control o de la legislación por la que se rigen los principales contratos de la empresa; el lugar desde el que se gestiona la política de compras y ventas y se administra el personal, las cuentas por pagar y los sistemas informáticos; el lugar en el que se organizan los contratos (de suministro); el lugar desde el que se dirige la reorganización de la empresa del deudor; la jurisdicción cuya legislación se aplica a la mayoría de los litigios; el lugar en el que el deudor es objeto de supervisión o reglamentación, y el lugar por cuya legislación se rige la preparación y auditoría de las cuentas y en el que estas se preparan y auditan.

102E. La Guía indica que el orden en el que se enumeran esos otros factores no pretende indicar la prioridad o importancia que ha de darse a cada uno de ellos ni tampoco se pretende que sea una lista exhaustiva de los factores pertinentes; el tribunal podría considerar aplicables otros factores en un caso determinado.

102F. En varios de los casos fallados que se examinaron en el curso de la revisión de la Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación se analizaban los factores determinantes del centro de los principales intereses, y se adoptó el criterio de concentrarse en unos cuantos factores principales. En el caso *Massachusetts Elephant & Castle*, el tribunal canadiense tuvo en cuenta tres factores principales, a saber, que el lugar era aquel a) donde se encontraban los bienes u operaciones principales del deudor; b) donde se administraban los negocios del deudor; y c) cuya ubicación resultaba fácilmente verificable por un número apreciable de acreedores como el centro de operaciones del deudor, al tiempo que hizo notar que si bien otros factores podrían también considerarse aplicables, tal vez se debieran considerar de importancia secundaria y tener en cuenta solo en la medida en que corroboraban los tres factores mencionados⁴¹. Esos factores se tuvieron en cuenta en el caso *Lightsquared*⁴², en el que el juez canadiense también observó que si bien en la mayoría de los casos esos factores principales apuntaban a una única jurisdicción como centro de los principales intereses del deudor, puede haber algunos casos en que esos factores entren en conflicto y se requiera un examen más minucioso de los hechos. Tal vez el tribunal tenga que asignar una mayor o menor importancia a un determinado factor, según las circunstancias del caso de que se trate. No obstante, en todos los casos, afirmó el juez, el examen tiene por objeto determinar que el lugar del procedimiento corresponde efectivamente al de la verdadera sede o al principal centro de negocios del deudor, conforme a lo que

⁴¹ *Massachusetts Elephant & Castle*, párr. 30.

⁴² *Lightsquared*, párrs. 25 y 26.

cabía esperar a juicio de quienes tuvieron trato con la empresa antes de la apertura del procedimiento.

102G. En el caso *Think3*⁴³, el tribunal japonés debía dictaminar si el procedimiento extranjero principal era el procedimiento entablado en los Estados Unidos o el entablado en Italia. Tanto en primera instancia como en el recurso de apelación, los tribunales consideraron los factores que se examinaban en el curso de la revisión de la Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación y sopesaron también si el lugar que servía de sede o centro neurálgico de los negocios del deudor era un elemento de los factores que era preciso tomar en consideración.

d) Traslado del centro de los principales intereses

102H. El centro de los principales intereses del deudor puede trasladarse antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, en algunos casos en fecha muy próxima a esa apertura e incluso entre el momento de la solicitud de apertura y la apertura efectiva del procedimiento⁴⁴. Siempre que haya pruebas de que se ha realizado un traslado en fecha muy próxima a la apertura del procedimiento extranjero, puede ser conveniente que el tribunal ante el que se recurra, al determinar si reconoce o no el procedimiento, sopesa más detenidamente los factores indicados en los párrafos 102B y 102D y tenga en cuenta las circunstancias del deudor desde un punto de vista más general. En particular, la condición de que terceros puedan verificar fácilmente cuál es el centro de los principales intereses será más difícil de cumplir si el traslado ha tenido lugar en fecha muy próxima a la apertura del procedimiento.

102I. En el caso *Interedil*, el Tribunal Europeo de Justicia examinó el efecto que tendría el traslado del domicilio social del deudor antes de que comenzara el procedimiento de insolvencia. Dictaminó que cuando el domicilio social de una empresa deudora se traslada antes de que se inscribiera una solicitud de iniciación de un procedimiento de insolvencia, se presumía que el centro de las principales actividades de la empresa era el lugar del nuevo domicilio social⁴⁵.

102J. No es probable que un deudor pueda trasladar su domicilio social (o su residencia habitual) tras la apertura del procedimiento de insolvencia, ya que en muchos casos el régimen de la insolvencia contiene disposiciones concretas para impedirlo. En cualquier caso, si eso ocurriera, no afectaría a la decisión sobre el

⁴³ En la ley japonesa de incorporación de la Ley Modelo en el derecho interno se utiliza la expresión “lugar principal de los negocios” en lugar de “centro de los principales intereses”, y no se establece ninguna presunción con respecto al domicilio social que sea equivalente a la del artículo 16, párrafo 3, de la Ley Modelo. Sin embargo, como explica el tribunal de primera instancia del caso *Think3*, se considera que la expresión “lugar principal de los negocios” tiene en la legislación japonesa básicamente el mismo significado que “centro de los principales intereses”, y era preciso tener en cuenta y examinar los precedentes judiciales de otros países respecto del centro de los principales intereses, así como la orientación de las deliberaciones pertinentes de la CNUDMI [capítulo 3, cuestión 2-2(2), pág. 19].

⁴⁴ En algunos de los ejemplos citados el propósito del traslado era dar acceso al deudor a un procedimiento de insolvencia, por ejemplo, de reorganización, que atendiera en mayor medida sus necesidades que el que le ofrecía la legislación vigente en su anterior centro de intereses principales. En otros casos, el traslado del centro de los principales intereses podía haber obedecido al propósito de frustrar las expectativas legítimas de acreedores y terceros.

⁴⁵ *Interedil*, párr. 59.

centro de los principales intereses a los efectos de la Ley Modelo, ya que el momento que se ha de tener en cuenta para determinarlo es el de la apertura del procedimiento extranjero, como se analiza más adelante en el párrafo 102O.

e) Momento de la determinación del centro de los principales intereses

102K. La Ley Modelo no indica explícitamente la fecha que servirá de punto de referencia para determinar el centro de los principales intereses (o establecimiento), salvo por la disposición establecida en el artículo 17 2 a), de que el procedimiento extranjero se reconocerá como procedimiento principal “si se está tramitando en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses”. El uso del tiempo presente en el artículo 17 exige que el procedimiento extranjero esté en curso o pendiente en el momento de adoptarse la decisión sobre el reconocimiento; si en ese momento el procedimiento respecto del cual se solicita el reconocimiento ya no está en curso ni está pendiente en el Estado en que se procedió a su apertura, no existe ningún procedimiento reconocible en virtud de la Ley Modelo.

102L. A nivel judicial, la cuestión del momento ha sido ya objeto de examen. En el caso *Betcorp*, por ejemplo, el juez dictaminó que el momento a considerar para determinar el centro de los principales intereses era el momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento⁴⁶. Esa interpretación parece derivar del tiempo presente que se utiliza para redactar la definición de “procedimiento extranjero principal” por el que se entiende “el procedimiento extranjero que se siga en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses”. Un problema semejante se plantea en relación con el lugar de un “establecimiento”, atendiendo a la definición de “procedimiento extranjero no principal”, un “procedimiento extranjero ... que se siga en un Estado en que el deudor tenga un establecimiento”. El enfoque del caso *Betcorp* se siguió en los casos *In Re Ran (Fifth Circuit)* y *British American Insurance*.

102M. En casos más recientes los tribunales han dictaminado que el momento pertinente para determinar el centro de los principales intereses es el momento de iniciación del procedimiento extranjero. En el caso *Millennium Global*, el juez estadounidense de primera instancia observó que el procedimiento de reconocimiento estaba supeditado al procedimiento extranjero y que la fecha de solicitud de reconocimiento es una simple casualidad y puede ocurrir en cualquier momento, incluso algunos años después de la iniciación del procedimiento extranjero. Además, si se considera el centro de los principales intereses como el equivalente del lugar principal de los negocios del deudor, interpretación aplicada por una serie de tribunales, el centro de los principales intereses debe referirse a los negocios del deudor antes de la iniciación del procedimiento extranjero, puesto que después de la iniciación, en particular del procedimiento de liquidación, lo común es que cesen los negocios y no haya un lugar de negocios⁴⁷. Esta decisión se siguió en el caso *Gerova*, en el que el juez estadounidense observó que en la fecha de solicitud de reconocimiento, el deudor no tenía actividades o vinculaciones comerciales en las Bermudas, exceptuadas las actividades del liquidador encargado

⁴⁶ *Betcorp*, pág. 292.

⁴⁷ *Millennium Global*, págs. 12 a 19; el tribunal de apelaciones no se ocupó de la cuestión del momento en que se debía determinar el centro de los principales intereses y el establecimiento.

del cierre de los negocios del deudor⁴⁸. En el caso *Think3*, el tribunal japonés siguió el criterio del momento del registro de la solicitud de iniciación del procedimiento extranjero o la iniciación de ese procedimiento⁴⁹, decisión que fue confirmada en apelación. El tribunal japonés de primera instancia observó que si el momento de la determinación se regía por la fecha de la solicitud de reconocimiento, en los casos en que había múltiples aplicaciones de reconocimiento del mismo procedimiento extranjero en diferentes países, el momento de la determinación terminaría siendo diferente en cada uno de esos países con la consiguiente falta de unificación y con resultados diferentes en diferentes tribunales. Además, afirmó el tribunal, el empleo de la fecha de la aplicación de reconocimiento podría inducir a una elección arbitraria del momento de aplicar dicho reconocimiento.

102N. En el caso *Interedil*, cuyo fallo se dictó con arreglo al Reglamento del Consejo Europeo, el Tribunal Europeo de Justicia dictaminó que el elemento esencial para determinar el tribunal competente es la ubicación del centro de los principales intereses del deudor en el momento en que se haya inscrito la solicitud de apertura de procedimientos de insolvencia.

102O. En las revisiones de la Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación se indica que, habida cuenta de las pruebas que han de presentarse junto con la solicitud de aplicación de reconocimiento, de conformidad con el artículo 15 y de la importancia asignada a la resolución por la que se declara abierto el procedimiento extranjero y se nombra al representante extranjero, la fecha de apertura de ese procedimiento es la fecha adecuada para determinar la localización del centro de los principales intereses del deudor. La elección de esa fecha ofrece un criterio que puede aplicarse con certeza en todos los procedimientos de insolvencia. Asimismo, resuelve problemas que puedan surgir cuando la actividad comercial del deudor haya cesado en el momento de la solicitud de reconocimiento⁵⁰ cuando, como puede ocurrir en casos de reorganización, no es la entidad del deudor la que continúa teniendo un centro de intereses principales, sino, más bien, la entidad reorganizadora, así como las circunstancias en que se produce un cambio de domicilio entre el comienzo del procedimiento extranjero y la solicitud de reconocimiento con arreglo a la Ley Modelo.

103 a 107. [suprimidos]

⁴⁸ *Gerova*, pág. 10.

⁴⁹ Tribunal Superior, capítulo 3-2, pág. 6; Tribunal de Distrito, capítulo 3, asunto 2-1, págs. 12 a 14.

⁵⁰ En el caso *Fairfield Sentry*, el tribunal estadounidense señaló que el deudor había en efecto clausurado sus negocios algún tiempo antes de la iniciación del procedimiento de liquidación y antes de que se presentara la solicitud de reconocimiento y que durante un período prolongado las actividades que había realizado se relacionaban únicamente con la liquidación de sus negocios. El juez estimó que era procedente tener en cuenta ese período prolongado al determinar el centro de los principales intereses del deudor (pág. 64). En el caso *British American Insurance*, el tribunal dictaminó que el centro de los principales intereses del deudor puede coincidir con el lugar de residencia del representante extranjero cuando este se instala en el lugar durante un período prolongado, y traslada a él la totalidad de las principales actividades comerciales del deudor (o interrumpe las actividades de la empresa), a raíz de lo cual los acreedores y otras partes podrían considerar que los negocios del deudor están situados en el mismo lugar donde se encuentra el [representante extranjero] (pág. 914).

f) Abuso del proceso

108. Cuando se plantee una solicitud de reconocimiento, ¿deberá estar facultado el tribunal para tener en cuenta la posibilidad de que se esté cometiendo un abuso del proceso como justificación para denegar el reconocimiento? Ninguna disposición de la Ley Modelo de la CNUDMI sugiere de por sí que deban tenerse en cuenta, cuando se solicite un reconocimiento, circunstancias externas. La Ley Modelo prevé que la respuesta a la solicitud se determine en función de los criterios concretos que se derivan de las definiciones de “procedimiento extranjero”, “procedimiento extranjero principal” y “procedimiento extranjero no principal”. Dado que lo que constituye abuso del proceso depende de la legislación o las normas procesales internas, la Ley Modelo no impide expresamente que los tribunales ante los que se recurra apliquen la legislación interna, en particular las normas procesales, para hacer frente a un abuso del proceso que hayan podido advertir.

109. [suprimido]

110. [trasladado al artículo 6 - párr. 51A]

4. Procedimiento no principal: el “establecimiento”

a) Introducción

111 a 113. [...]

b) Decisiones de los tribunales sobre la interpretación del “establecimiento”

114. [...]

115. Es posible que deba prestarse más atención a los términos “con medios humanos y bienes o servicios” que se utilizan en la definición de “establecimiento”. En el tipo de actividad empresarial local parece implícito que bastará que haya una actividad económica realizada por seres humanos y que entrañe bienes o servicios para satisfacer los requisitos de la definición del término “establecimiento”. En el caso *Interdil*, fallado con arreglo al Reglamento del Consejo Europeo, el Tribunal Europeo de Justicia observó que el hecho de que la definición vincule la realización de una actividad económica a la presencia de recursos humanos muestra que se requiere un grado mínimo de organización y de estabilidad. A la inversa, de ahí se desprende que la sola presencia de bienes aislados o de cuentas bancarias no cumple, en principio, los requisitos de la clasificación como “establecimiento”.

116. Agréguese la siguiente oración al final del párrafo: “En el caso *Williams c. Simpson (No. 5)* la dificultad radicaba en que mientras que, en virtud del derecho inglés, el cierre de un negocio en el Reino Unido (mediante la cancelación de las deudas) constituía un motivo por el que el deudor podría quedar sometido a las leyes de insolvencia de Inglaterra, ello no equivalía a un “establecimiento” tratándose de una persona que ha estado retirada por cerca de 12 años y no tiene negocios existentes (reales) en ese país”.

c) Momento de la determinación de la existencia de un establecimiento

116A. Como ya se señaló, la Ley Modelo no indica explícitamente el momento pertinente para determinar el centro de los principales intereses del deudor. Lo mismo cabe afirmar con respecto a la determinación de la existencia de un establecimiento.

En las revisiones de la Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación se sugiere que la fecha de iniciación del procedimiento extranjero es la fecha apropiada para determinar la existencia de un establecimiento en el caso del deudor.

D. Medidas previstas

1. Introducción

117 a 120. [...]

121. Para determinar si se ha eliminado o modificado en el Estado promulgante alguna medida otorgable de cualquier tipo (automática o discrecional) prevista en la Ley Modelo, es preciso considerar la ley concreta por la que se incorpora la Ley Modelo⁵¹. Una vez se haya determinado qué medidas pueden otorgarse, corresponde al tribunal competente definir las medidas necesarias y convenientes en cada caso, que se sumarán a las medidas automáticas que se derivan del reconocimiento de un procedimiento como “principal”. El fallo del caso *Bear Stearns* de que la cuestión de las medidas otorgables se debería distinguir claramente de la cuestión del reconocimiento fue corroborado en el caso *Atlas Shipping*, en el que el tribunal estadounidense dictaminó que, una vez que un tribunal reconoce un procedimiento extranjero principal, el capítulo 15 del Código de Quiebras de los Estados Unidos prevé expresamente que el tribunal ejerza su facultad discrecional para adecuar, según proceda, las medidas posteriores al reconocimiento de forma compatible con el respeto de los principios de cortesía internacional⁵². El fallo fue corroborado también en el caso *Metcalfe & Mansfield*, en el que se había pedido a un tribunal estadounidense que ejecutara determinados mandamientos dictados por un tribunal canadiense para que se adoptaran ciertas medidas, que eran más amplias que las que habría permitido la legislación de los Estados Unidos. El tribunal indicó que el principio de la cortesía internacional no obligaba a que las medidas otorgadas en el procedimiento extranjero y las otorgadas en los Estados Unidos fuera idénticas. La cuestión fundamental era determinar si el procedimiento extranjero cumplía las normas fundamentales de equidad en los Estados Unidos; el tribunal falló que el procedimiento canadiense cumplía ese requisito⁵³.

2. Medidas provisionales⁵⁴

122 a 124. [...]

⁵¹ Los Estados que han promulgado legislación basada en la Ley Modelo han adoptado diferentes enfoques. Por ejemplo, el alcance de la paralización automática es más amplio en los Estados Unidos (para adaptarlo al capítulo 11 de su Código de Quiebras). En México la paralización no impide la continuación de todas las acciones individuales, aunque no las medidas de ejecución. El Japón y la República de Corea prevén que las medidas que se adopten después del reconocimiento dependen de la decisión discrecional que adopte el tribunal en cada caso, en lugar de aplicarse automáticamente según lo previsto en la Ley Modelo.

⁵² *Atlas Shipping*, pág. 78.

⁵³ *Metcalfe y Mansfield*, págs. 697 y 698.

⁵⁴ El resumen que sigue se basa sustancialmente en la Guía para la incorporación y la interpretación, párrs. 135 a 140.

125. Agréguese las oraciones siguientes a la nota de pie de página: “En el mismo caso, se presentó una segunda solicitud de medidas provisionales que permitieran el examen de algunas personas con miras a determinar cuestiones de propiedad de los bienes que habían sido embargados con arreglo a la orden de registro. El tribunal denegó la solicitud con el argumento de que la medida solicitada no era de carácter urgente, como lo exigía el artículo 19, párrafo 1, de la Ley Modelo. Dictaminó que puesto que los bienes cuya propiedad estaba en duda habían sido ya embargados y la cuestión de la propiedad vendría al caso después de que se determinara el reconocimiento del procedimiento extranjero, la orden solicitada era innecesaria”.

126 a 129. [...]

129A. En varios casos se han examinado cuestiones relacionadas con la protección adecuada de los acreedores. En el caso *Sivec*, el deudor obtuvo el reconocimiento de un procedimiento de reorganización ordenado en Italia como procedimiento extranjero principal y la modificación de la paralización automática para permitir la litigación en los Estados Unidos de dos demandas de posible compensación recíproca. A raíz de la litigación, uno de los acreedores estadounidenses solicitó medidas de amparo de la paralización, a fin de hacer posible la compensación recíproca entre las dos sumas objeto de las sentencias. El deudor italiano pidió que se ejecutara el proceso entablado en Italia, lo que, al parecer, significaría que el acreedor estadounidense no podría invocar la compensación recíproca entre las dos sumas objeto de las sentencias. El tribunal estadounidense dictaminó que no reconocería el principio de cortesía internacional respecto del procedimiento italiano, puesto que el deudor italiano “no había suministrado información relativa a la ley italiana aplicable o a la situación del caso de quiebra en Italia ni había cumplido el requisito de la carga de la prueba al solicitar que se reconociera el principio de cortesía”. El tribunal expresó su particular preocupación por la falta de notificación al acreedor estadounidense, concluyó que se echaban de menos los elementos básicos del debido proceso y que los intereses del acreedor estadounidense no quedaban debidamente protegidos⁵⁵.

129B. En el caso *SNP Boat Service*, el concepto de “protección suficiente” se interpretó de manera más restringida. En ese caso, un acreedor canadiense impugnó la solicitud del deudor de un procedimiento de insolvencia francés de que se repatriaran a Francia bienes que se encontraban en los Estados Unidos basándose en el argumento de que sus intereses no estarían “suficientemente protegidos” en el procedimiento entablado en Francia. En la apelación, el tribunal estadounidense estableció una distinción entre las medidas previstas en virtud del artículo 21.2 y el artículo 22.1, de la Ley Modelo, dado que este último establecía de manera más general que el tribunal puede otorgar una medida con arreglo a los artículos 19 o 21 únicamente si “quedan debidamente protegidos los intereses de los acreedores y de otras personas interesadas incluido el deudor”⁵⁶. Aunque el acreedor que había recurrido era canadiense, el tribunal dictaminó que no estaba impedido de asegurarse de que los intereses de los acreedores extranjeros en general estaban suficientemente protegidos antes de decidir el envío de bienes a la jurisdicción

⁵⁵ *Sivec*, págs. 324 a 326.

⁵⁶ *SNP Boat Service*, pág. 11.

extranjera, aunque rechazó la idea de que pudiera hacer averiguaciones sobre el tratamiento individual que el acreedor en cuestión recibiría en Francia⁵⁷.

3. Medidas automáticas tras el reconocimiento de un procedimiento principal⁵⁸

130 a 133. [...]

134. [...] Agréguese la siguiente nota de pie de página: “En el caso *JSC BTA Bank* [434 BR 334 (Bankr. S.D.N.Y. 2010)], el tribunal estadounidense dictaminó que el alcance de la paralización automática [aplicable en virtud del Código de Quiebras] se limitaba a procedimientos que podían tener efecto en los bienes de un deudor localizado en los Estados Unidos. Un arbitraje llevado a cabo en Suiza tras la iniciación del procedimiento entablado con arreglo al Capítulo 15 no violaba la paralización automática puesto que la ley aplicable en el centro de los principales intereses del deudor no paralizaba el arbitraje y el deudor había participado en él, al parecer, sin poner objeción. Igualmente, la paralización automática no se aplicaba a acciones respecto de incumplimientos del contrato simplemente después del reconocimiento por parte de un deudor extranjero o de no deudores relacionados con el caso”.

135. [...]

136. [...] Agréguese la siguiente nota de pie de página: “El derecho de los Estados Unidos, por ejemplo, prevé una excepción para las dependencias gubernamentales que actúan en su capacidad reglamentaria o de policía. En el caso *Nortel Networks Corp.*, [669 F.3d 128 (3d Cir. 2011)], el organismo regulador de las pensiones del Reino Unido solicitó la iniciación de un procedimiento en relación con un déficit de financiación en el Fondo de pensiones Nortel del Reino Unido y, con arreglo a la ley del Reino Unido, notificó a las empresas subsidiarias de Nortel en los Estados Unidos y el Canadá, que se encontraban todas enfrentadas a casos paralelos de quiebra total. Los tribunales estadounidenses dictaminaron que puesto que el organismo regulador de las pensiones del Reino Unido actuaba como fideicomisario en nombre de acreedores privados que perseguían un fin pecuniario y no como ente regulador que actúa para proteger la seguridad o bienestar públicos, la acción que proponía violaría la paralización automática”.

137. [...]

⁵⁷ En otro caso de los Estados Unidos, *In re Lee* [472 B.R. 156 (Bankr. D. Mass. 2012)], el representante extranjero de deudores domiciliados en Hong Kong solicitó que se le reconociera la posesión y control de bienes de propiedad de los deudores en los Estados Unidos, declarando en su testimonio que, en virtud del derecho de Hong Kong, tenía la obligación de tomar posesión de los intereses representados en esos bienes y que, como profesional razonable, tenía la obligación de proteger y maximizar el valor de los bienes de sus representados y respetar las restricciones aplicables a la transferencia. El tribunal estadounidense dictaminó que el representante extranjero había cumplido el requisito de la carga de probar que acreedores y deudores estarían suficientemente protegidos si se otorgaba el mandamiento de posesión, y que los deudores no habían cumplido el requisito de “probar de forma definitiva la ausencia de protección suficiente”.

⁵⁸ El resumen que figura a continuación se basa sustancialmente en la Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación, párrs. 141 a 153.

4. Medidas otorgables a partir del reconocimiento⁵⁹

a) Las disposiciones de la Ley Modelo

138 a 143. [...]

144. Agréguese al final de la primera oración una remisión a los párrafos 129 a 129C.

145. [...]

146. En una segunda apelación, el Tribunal Supremo revocó la decisión del Tribunal de Apelaciones y dictaminó que los daños estaban sujetos a las normas ordinarias del derecho internacional privado que impedían la ejecución porque los demandantes no estaban sometidos a la jurisdicción del tribunal extranjero⁶⁰. El tribunal dictaminó asimismo que no había ninguna disposición en la Ley Modelo que indicara que se aplicaría al reconocimiento y ejecución de fallos extranjeros contra terceros.

b) Enfoques de los problemas que suscitan las medidas discrecionales

147 a 149. [...]

149A. Otro ejemplo lo ofrece el caso *In re Vitro*, en el que el tribunal de apelaciones de los Estados Unidos trazó un enfoque para analizar solicitudes de otorgamiento de medidas con arreglo a los artículos 7 y 21 que estipulan que un tribunal determine en primer lugar si la medida solicitada por un representante extranjero está comprendida en las categorías enumeradas en el artículo 21. De no ser así, el tribunal debería dictaminar si la medida solicitada podría considerarse una “medida apropiada” con arreglo al artículo 21, párrafo 1, lo cual entraña el examen para determinar si la medida solicitada ha sido otorgada anteriormente con arreglo a la ley aplicable antes de la promulgación del capítulo 15 y si sería otorgable en virtud de alguna otra disposición conforme a la ley estadounidense. En tercer lugar, si las medidas solicitadas exceden el ámbito de la medida otorgable con arreglo a la ley anterior u otorgable actualmente en virtud de la ley estadounidense, el artículo 7 funcionaría como una disposición englobadora que incluye modalidades de medidas “más extraordinarias” que las permitidas en virtud de las disposiciones ya sea específicas o generales del artículo 21⁶¹. El tribunal razonó que ese marco impediría a los tribunales someter las medidas previstas en virtud de artículo 7 a las mismas limitaciones que las medidas previstas en virtud del artículo 21, a menos que esas limitaciones fuesen específicamente aplicables, y evitarían “modalidades de aplicación que abarquen todas” las posibilidades previstas en el artículo 7 y “amplíen prematuramente el alcance del capítulo 15 más allá de lo previsto en el derecho internacional de la insolvencia vigente”⁶².

⁵⁹ El presente resumen está básicamente tomado de la Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación, párrs. 154 a 160.

⁶⁰ A la decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido en el caso *Rubin* se sumó una apelación en el caso *New Cap Reinsurance Corp Ltd & Anor V Grant and others* [2012] UKSC 46. En este caso, el Tribunal Supremo dictaminó que el fallo extranjero podía ejecutarse porque New Cap se había sometido a la jurisdicción presentando pruebas de la deuda en el procedimiento de insolvencia extranjero.

⁶¹ *Vitro*, párr. 19.

⁶² *Vitro*, párr. 20.

149B. Aplicando ese marco a los hechos sometidos a su consideración, el tribunal confirmó la denegación de la solicitud del representante extranjero de ejecutar una orden de confirmación de un plan de reorganización mexicano que sustituía y de hecho dejaba sin efecto las obligaciones de las filiales del deudor mexicano que poseían pagarés garantizados emitidos por el deudor pero que no habían utilizado para iniciar procedimientos de insolvencia. El tribunal dictaminó, en primer lugar, que el artículo 21, párrafos 1 y 2, no preveía la exoneración de las obligaciones de fiadores no deudores. Luego, el tribunal dictaminó que el otorgamiento general de las medidas previstas en el párrafo 1 del artículo 21 no cobijaba la medida solicitada dado que las exoneraciones de terceros no deudores mediante un procedimiento de quiebra que no hubiesen sido acordadas “no eran en general otorgables” de conformidad con el derecho de los Estados Unidos y estaban “expresamente prohibidas” en ese tribunal en concreto⁶³. Pasando al artículo 7, el tribunal observó que ese tipo de exoneraciones eran a veces otorgables en otros tribunales y que, por consiguiente, la medida solicitada no quedaba excluida en virtud del artículo 7. Sin embargo, el tribunal concluyó que puesto que *Vitro* no había presentado pruebas de que existían circunstancias extraordinarias que bastaran para demostrar un caso a favor de las exoneraciones de terceros no deudores en virtud de la jurisprudencia de los tribunales que las habían autorizado, el tribunal inferior no se había excedido de su facultad discrecional al denegar la medida solicitada en virtud del artículo 7⁶⁴.

c) Medidas otorgables en los casos en que haya antecedentes de operaciones sospechosas

150 a 153. [...]

E. Cooperación y coordinación

1. Introducción

154 a 156. [...]

157. Esos artículos dejan que sea el tribunal competente, y el administrador de la insolvencia bajo su supervisión, los que decidan cuándo y de qué forma cooperarán. La Ley Modelo no supedita la cooperación de un tribunal local (o de la persona o del órgano mencionados en los artículos 25 y 26) con un tribunal o un representante extranjero a que exista un fallo formal sobre el reconocimiento del procedimiento extranjero. En consecuencia, la cooperación puede tener lugar en una etapa temprana y antes de que se formule la solicitud de reconocimiento. Dado que los artículos del capítulo 4 se aplican a las cuestiones que se mencionan en el artículo 1, se puede otorgar la cooperación con respecto no solo a las solicitudes de asistencia presentadas en el Estado promulgante, sino también a las solicitudes en relación con un procedimiento que se esté tramitando en el Estado promulgante con fines de

⁶³ *Vitro*, párr. 22.

⁶⁴ La denegación del reconocimiento de exoneraciones de terceros en el caso *Vitro* contrasta con su reconocimiento en el caso *Metcalfe & Mansfield*. En este último caso el tribunal dictaminó que el tribunal canadiense aprobó medidas a favor de terceros no deudores en circunstancias limitadas acordes con la restringida aplicación del artículo 7 en los tribunales estadounidenses. Por ello, el tribunal estadounidense dictaminó que las órdenes otorgadas en el procedimiento extranjero debían ejecutarse.

prestación de asistencia en el extranjero (véase también el artículo 5). Además la cooperación no se limita a los procedimientos extranjeros en el sentido del artículo 2 a), que los habilitaría para el reconocimiento de conformidad con el artículo 17 (es decir, independientemente de que sean principales o no principales), por lo cual podrá otorgarse la cooperación con respecto a procedimientos iniciados sobre la base de la presencia de bienes.

158. [...]

2. Cooperación

159. [...]

160. [...]

a) [...]

b) Agréguese a la nota de pie de página que viene después de la palabra “interesadas” las oraciones siguientes: “En el caso *Chow Cho Poon*, el tribunal señaló que debería darse el reconocimiento explícito de cooperación por parte de los tribunales de que se trataba, ya que no es posible que un tribunal coopere con otro sin que este tenga conocimiento de ello. El tribunal observó que el artículo 27 de la Ley Modelo contempla que la cooperación se inicie ya sea mediante una solicitud cursada por un tribunal a otro o mediante la aceptación de un plan convenido (párr. 56)”.

c) a e) [...]

161 a 165. [...]

165A. Un ejemplo diferente son los esfuerzos de los tribunales por cooperar restringiendo los efectos de sus propias decisiones cuando estas discrepan de decisiones de tribunales de otros Estados. En el caso *Perpetual Trustee Company Ltd v Lehman Bros. Special Financing Inc*⁶⁵, una serie de demandas de ese tipo movió a un tribunal inglés a responder al tribunal de los Estados Unidos para explicar las etapas seguidas y las decisiones adoptadas en Inglaterra e invitar al juez estadounidense a no dictar, en aquel momento, ninguna orden formal que pudiera discrepar de las órdenes que se dictaran en Inglaterra⁶⁶. Sabiendo que su decisión discreparía directamente de la del tribunal inglés, el tribunal estadounidense expuso su opinión de la jurisprudencia, si bien no exigió el cumplimiento inmediato por las partes. Los tribunales examinaron los puntos en conflicto pero no llegaron a ninguna solución, aunque algunos de ellos se resolvieron posteriormente en el caso estadounidense.

⁶⁵ [2009] EWHC 2953 párrs. 12 a 23. En *Belmont Park Investments Pty Ltd v BNY Corporate Trustee Services Ltd.*, ([2011] UKSC 38), el Tribunal Supremo inglés hizo el siguiente resumen de las comunicaciones cursadas entre los tribunales ingleses y estadounidenses (párr. 33): “Tras el intercambio de comunicaciones entre el Tribunal Superior de Inglaterra y el Tribunal de Quiebras de Nueva York, se convino en que, a fin de limitar posibles conflictos entre las decisiones adoptadas en las dos jurisdicciones, la medida se limitaría a una declaración: *Perpetual Trustee Co. Ltd v BNY Corporate Trustee Services Ltd.* [2010 2 BCLC 237]; *In re Lehman Bros Holdings Inc* (2010) 422 BR 407 (Bankr. SDNY)”.

⁶⁶ *Perpetual Trustee*, párrs. 41 a 50.

166. Otro ejemplo de cooperación es el intercambio de correspondencia entre uno de los tribunales que intervienen en el procedimiento y que solicita asistencia y otro tribunal, que responde favorablemente a esa petición. En el caso *In re Lehman Brothers Australia Limited*⁶⁷, el tribunal examinó el efecto de las decisiones adoptadas en los casos Lehman en los Estados Unidos y en el Reino Unido sobre las responsabilidades estatutarias del liquidador de las entidades australianas y la solicitud de dichos liquidadores de que el tribunal se comunicara con el tribunal de los Estados Unidos. El tribunal australiano se abstuvo de hacerlo en ese momento arguyendo que su intervención podría repercutir en las decisiones del tribunal estadounidense sobre determinadas cuestiones; afectar el principio de la cortesía internacional, que se basaba en la deferencia común y el respeto mutuo, y ser considerada por el juez de los Estados Unidos como una injerencia injustificada; además, la solicitud se había formulado a instancia de parte y no se había escuchado a todas las partes interesadas y la cooperación entre el tribunal australiano y cualquier tribunal extranjero debería, en general, darse en virtud de un marco o un protocolo previamente aprobados por el tribunal y que fuera conocido por las partes en el procedimiento pertinente. No obstante, el juez estuvo de acuerdo en que podría ser conveniente comunicarse por escrito con el juez de los Estados Unidos para informarle de la solicitud en curso y para preguntarle si cabría establecer un protocolo para futuras comunicaciones. Se adjuntó a la sentencia un proyecto de carta que se enviaría al tribunal estadounidense.

167 a 170. [...]

3. Coordinación

171 a 187. [...]

⁶⁷ *Parbery; in the matter of Lehman Brothers Australia Limited (in liq)* [2011] FCA 1449 [CLOUT, caso núm. 1215].

Anexo I

Resúmenes de casos

1. *In re ABC Learning Centres Limited* 445 B.R. 318 (Bankr. D. Del 2010)
[CLOUT, caso núm., 1210]
2. *Ashapura Minechem Ltd* 480 B.R. 129 (S.D.N.Y. 2012)
3. *In re Atlas Shipping A/S* 404 B.R. 726 (Bankr. S.D.N.Y. 2009)
4. *In re Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd* 389 B.R. 325 (S.D.N.Y. 2008)
[CLOUT, casos núms. 760, 794]
5. *In re Betcorp Ltd (in liquidation)* 400 B.R. 266 (Bankr. D. Nev. 2009)
[CLOUT, caso núm. 927]
6. *In re British American Ins. Co. Ltd* 425 B.R. 884 (Bankr. S.D.Fla. 2010)
[CLOUT, caso núm. 1005]
7. *Re Chow Cho Poon (Private) Limited* (2011) NSWSC 300 (15 de abril de 2011) [CLOUT, caso núm. 1218]
8. *Re Cinram International Inc* 2012 ONSC 3767 (Ont. SCJ [Commercial List])
[CLOUT, caso núm. ...]
9. *In re Ephedra Products Liability Litigation* 349 B.R. 333 (S.D.N.Y. 2006)
[CLOUT, caso núm. 765]
10. *Re Eurofood IFSC Ltd* [2006] Ch 508 (ECJ)
11. *In re Fairfield Sentry Ltd* 2011 WL 4357241
12. *Fogarty v Petroquest Resources Inc. (In re Condor Ins. Ltd)* 601 F.3d 319, (5th Cir. 2010)
[CLOUT, casos núms., 928, 1006]
13. *Gainsford, in the matter of Tannenbaum v Tannenbaum* (2012) FCA 904
[CLOUT, caso núm. 1214]
14. *In re Gerova Financial Group, Ltd.* 482 B.R. 86 (Bankr. S.D.N.Y. 2012)
15. *In re Gold & Honey, Ltd* 410 B.R. 357 (Bankr. E.D.N.Y. 2009)
[CLOUT, caso núm. 1008]
16. *Re HIH Casualty and General Insurance Ltd* [2005] EWHC 2125; first appeal
[2006] EWCA Civ 732;
McGrath v Riddle Segunda apelación [2008] UKHL 21
17. *Interdil, Srl* [2011] EUECJ C-396/09, [2012] Bus LR 1582
18. *Re Lightsquared LP* 2012 ONSC 2994 (Ont. SCJ [Commercial List])
[CLOUT, caso núm. 1204]

-
- | | | |
|-----|--|---|
| 19. | <i>Massachusetts Elephant & Castle Group, Inc.</i> | 2011 ONSC 4201 (Ont. SCJ
[Commercial List])
[CLOUT, caso núm. 1206] |
| 20. | <i>In re Metcalfe & Mansfield Alternative Investment</i> | 421 BR 685 (Bankr. S.D.N.Y. 2010)
[CLOUT, caso núm. 1007] |
| 21. | <i>Millennium Global Emerging Credit Master Fund Limited et al</i> | District Ct 11 Civ. 7865 junio de 2012 |
| 22. | <i>In re Ran</i> | 607 F.3d. 1017 (5th Cit. 2010)
[CLOUT, caso núm. 929] |
| 23. | <i>Rubin v Eurofinance SA</i> | [2012] UKSC 46 |
| 24. | <i>In re Sivec Srl, as successor in liquidation to Sirz Srl</i> | 476 B.R. 310 (Bankr. E.D. Okla 2012) |
| 25. | <i>SNP Boat Service, S.A. v. Hotel le St. James</i> | 483 B.R. 776 (S.D. Fla. 2012) |
| 26. | <i>Stanford International Bank Ltd</i> | [2010] EWCA Civ. 137
[CLOUT, caso núm. 1003] |
| 27. | <i>Think3</i> | Caso núm. 1757 de 2012. Recurso de apelación de la orden de sobreseimiento de la petición de reconocimiento y asistencia respecto de procedimientos de insolvencia extranjeros y de un mandamiento de administración (Casos del tribunal de primera instancia núms. 3 y 5 de 2011 en el Tribunal del Distrito de Tokio) |
| 28. | <i>In re Juergen Toft</i> | 453 B.R. 186 (Bankr. S.D.N.Y. 2011)
[CLOUT, caso núm. 1209] |
| 29. | <i>In the matter of Vitro S.A.B. de C.V.</i> | 2012 WL 5935630
(5th Cir. 28 de noviembre de 2012) |
| 30. | <i>Williams v Simpson</i> | [2011] B.P.I.R. 938 (Tribunal Superior de Nueva Zelanda, Hamilton, 17 de septiembre de 2010); |
| | <i>Williams v Simpson (no. 5)</i> | Tribunal Superior de Nueva Zelanda, Hamilton, 12 de octubre de 2010 |

1. *In re ABC Learning Centres Limited*⁶⁸

El deudor era la empresa matriz australiana de 38 filiales que habían sido propietarias y administradoras de guarderías infantiles en Australia, Nueva Zelanda, el Reino Unido, el Canadá y los Estados Unidos de América. En noviembre de 2008, las juntas directivas del deudor y sus 38 filiales tomaron la decisión de que, puesto que las empresas probablemente habrían de quedar insolventes, debían someterse a administración voluntaria en Australia y se nombraron los respectivos administradores.

⁶⁸ 445 B.R. 318 (Bankr. D Del 2010) [CLOUT, caso núm. 1210].

La iniciación de la administración voluntaria incumplía las condiciones de determinados acuerdos de préstamo, y los prestamistas ejercieron los derechos que les correspondían en virtud de la Ley de sociedades de Australia en calidad de acreedores garantizados a nombrar administradores que representaran sus intereses e iniciaran procedimientos de administración judicial. En junio de 2010, algunos de los acreedores resolvieron liquidar las empresas y los administradores fueron nombrados como liquidadores. Los procedimientos de administración judicial se realizaron paralelamente con la liquidación. En 2008 y 2009, se incoó en los Estados Unidos un litigio contra algunas de las empresas deudoras. En 2010, los liquidadores solicitaron que los procedimientos de liquidación se reconocieran en los Estados Unidos como procedimientos principales extranjeros. El tribunal dictaminó que los procedimientos de liquidación eran “procedimientos extranjeros” a los efectos del capítulo 15 y los reconoció como procedimientos extranjeros principales.

2. *Ashapura Minechem Ltd*⁶⁹

En octubre de 2011, el representante extranjero del deudor, una empresa minera e industrial con sede en Mumbai, solicitó que se reconocieran en los Estados Unidos de América los procedimientos entablados en la India y que estaban pendientes de resolución ante la Junta de Reconstrucción Financiera e Industrial, organismo autorizado para ejercer las funciones de tribunal administrativo en virtud de la Ley de empresas industriales en dificultades (disposiciones especiales) de 1985. El tribunal de los Estados Unidos consideró que aunque la legislación india en cuestión no preveía un mecanismo formal de participación de acreedores no garantizados, en la práctica la forma en que esos acreedores podían participar en los procedimientos demostraba que los procedimientos eran de carácter colectivo a los efectos del capítulo 11 101(23) [artículo 2 MLCBI] del Código de Leyes de los Estados Unidos. Aunque varios de los acreedores invocaron la excepción de orden público, el tribunal dictaminó que no habían cumplido el requisito de la carga de la prueba respecto de esa cuestión y que no podría denegarse por ese motivo el reconocimiento de la solicitud.

4. *In re Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd*⁷⁰

Agréguese la siguiente oración al final del párrafo: “Esa decisión fue confirmada en apelación”.

7. *Re Chow Cho Poon (Private) Limited*⁷¹

En 2007, el Tribunal Superior de Singapur ordenó la liquidación de Chow Cho Poon (CCP), una empresa constituida en Singapur, con el argumento de que era justo y equitativo proceder a hacerlo (decisión que no se fundaba en la insolvencia del deudor). Tras haber descubierto que CCP poseía activos bancarios en Australia, el liquidador nombrado en Singapur presentó diversas solicitudes con respecto a esos activos, que el banco australiano del que se trataba se negó a atender, en espera de que en Australia se reconociera el nombramiento del liquidador. Si bien ese

⁶⁹ 480 B.R. 129 (S.D.N.Y. 2012).

⁷⁰ 389 B.R. 325 (S.D.N.Y. 2008) [CLOUT, casos núms. 760, 794].

⁷¹ (2011) NSWSC 300 (15 April 2011) [CLOUT, caso núm. 1218].

reconocimiento se solicitó en virtud de otras leyes, el tribunal tuvo en cuenta el efecto de esas disposiciones en la Ley de insolvencia transfronteriza de 2008 [por la que se incorporaba la Ley Modelo en el derecho interno de Australia]. En particular, el tribunal consideró si el procedimiento incoado en Singapur era un procedimiento extranjero a tenor del artículo 2 de la Ley Modelo. El tribunal dictaminó que el liquidador era un representante extranjero con arreglo al artículo 2, que la liquidación era un procedimiento judicial y que los activos de la empresa estaban sujetos al control o supervisión de un tribunal extranjero. Quedaban por examinar dos cuestiones: si CCP era un deudor y si se trataba de un procedimiento que se ajustara a “una ley relativa a la insolvencia”. Aunque el tribunal señaló que su respuesta espontánea a esas dos preguntas era negativa, el examen de las decisiones de tribunales de Inglaterra (*Stanford International Bank Ltd*) y los Estados Unidos (*Betcorp* y *ABC Learning*) lo llevaban a concluir que había claros fundamentos que permitían aseverar que “la Ley de empresas de Singapur en su conjunto, o al menos la totalidad de las disposiciones relativas a la disolución, podría catalogarse como “una ley relativa a la insolvencia”, aunque la disolución de que se trataba hubiera sido ordenada basándose únicamente en que era justa y equitativa y, al parecer, sin que hubiera ninguna conclusión (explícita o implícita) de insolvencia”. Respecto de la segunda cuestión, el Tribunal señaló que en ninguno de los fallos examinados se prestaba atención por separado a la cuestión de si la empresa sujeta a disolución se podría describir adecuadamente como un “deudor”, dado que al parecer a cada tribunal le bastaba fundamentar su labor en el hecho de que una entidad sometida a un “procedimiento extranjero” quedaba incluida, por ese motivo únicamente, dentro del concepto pertinente de “deudor”.

8. *Re Cinam International Inc*⁷²

El Grupo Cinram era una empresa de duplicación y distribución de discos compactos y videodiscos digitales que mantenía operaciones en América del Norte y Europa. Tras experimentar dificultades financieras, varias entidades del Grupo constituidas en el Canadá entablaron procedimientos en ese país en los que solicitaban amplias medidas cautelares que les permitieran poner en práctica diversos planes de reestructuración, así como la autorización para que una de las entidades deudoras actuara como representante extranjero para diligenciar el reconocimiento del procedimiento canadiense en los Estados Unidos. Además de las entidades constituidas en el Canadá, el Grupo incluía entidades constituidas en los Estados Unidos y en Europa, aunque estas no hacían parte del procedimiento. Las partes en el procedimiento canadiense alegaron que el centro de los principales intereses del Grupo era el Canadá, presentando extensas pruebas para apoyar esa reclamación. El tribunal inició el procedimiento y otorgó las medidas solicitadas. Con respecto a la cuestión del centro de los principales intereses, el tribunal esbozó en su orden las pruebas que habían proporcionado los deudores canadienses, señalando que lo hacía a efectos de información únicamente. El tribunal afirmó que reconocía claramente que era función del tribunal ante el que se recurría -en este caso, el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos del Distrito de Delaware- determinar la localización del centro de los principales intereses y decidir si el procedimiento canadiense es un “procedimiento principal extranjero” a los efectos del capítulo 15 del Código de Quiebras de los Estados Unidos.

⁷² 2012 ONSC 3767 (Ont. SCJ [Commercial List]).

11. *In re Fairfield Sentry Ltd*⁷³

Agréguese la siguiente oración al final del párrafo: “La decisión fue confirmada en apelación ante el Tribunal del Distrito y ha sido de nuevo recurrida”.

13. *Gainsford, en la cuestión de Tannenbaum v Tannenbaum*⁷⁴

Los representantes sudafricanos de la insolvencia del Sr. Tannenbaum, un ciudadano sudafricano que se había trasladado a Australia en 2007, solicitaron que se reconociera en Australia el procedimiento iniciado en Sudáfrica y diversas órdenes relativas al examen de los negocios del deudor y su esposa y otras personas y entidades especificadas. El tribunal examinó lo que constituiría la residencia habitual del deudor a los efectos de la Ley de insolvencia transfronteriza, concretamente sus artículos 17 2) a) y 16 3) [artículos 17 2) a) y 16 3) de la Ley Modelo de la CNUDMI], tomando nota de la decisión adoptada en el caso *Williams c Simpson* (véase más adelante) y de la interpretación que se hacía de ese concepto en la *Convención de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños*. El tribunal formuló dos observaciones: en primer lugar, la aplicación de la expresión “residencia habitual” permitía tener en cuenta una amplia diversidad de circunstancias que determinan el lugar en que se afirma que esa persona reside y si esa residencia se describe como residencia habitual. En segundo lugar, las intenciones que tenga o haya tenido la persona de que se trate a menudo influirán en el peso que se atribuye a circunstancias particulares, como la duración de los vínculos de la persona con un lugar concreto de residencia. Puesto que el Sr. Tannenbaum había decidido deliberadamente abandonar Sudáfrica en 2007 y había vivido y trabajado en Australia desde ese año y tenía su residencia habitual en este último país, el hecho de que conservara su ciudadanía sudafricana y no hubiese iniciado gestiones para inscribirse en el registro electoral australiano no era un factor determinante. Dado que el deudor no era residente habitual de Sudáfrica ni contaba con un establecimiento en este país, el procedimiento extranjero no podía reconocerse ni como procedimiento principal ni como procedimiento no principal. La medida solicitada se otorgó en virtud de otras leyes aplicables.

14. *Gerova Financial Group, Ltd*⁷⁵

Ambas entidades de Gerova estaban registradas en las Bermudas. Después de que un analista de valores publicó un informe en el que afirmaba que Gerova era de hecho un esquema Ponzi, Gerova fue demandada en los Estados Unidos y posteriormente terminó todos sus negocios antes de mayo de 2011. En octubre de 2011, tres acreedores solicitaron la iniciación de un procedimiento de insolvencia en las Bermudas. El procedimiento se suspendió a solicitud de Gerova, que logró llegar a una conciliación respecto de las demandas de dos de los acreedores e impugnó con éxito las demandas del tercero. Un cuarto acreedor asumió la función de demandante y presentó una petición enmendada, que el tribunal declinó suspender o desestimar. Sin embargo, le ofreció a Gerova la oportunidad de reembolsar en su totalidad la deuda del cuarto acreedor. Al no haberlo hecho, el tribunal ordenó la iniciación de un procedimiento de insolvencia contra las dos entidades de Gerova en

⁷³ 2011 WL 4357241 (S.D.N.Y., 16 sept. 2012).

⁷⁴ (2012) FCA 904 [CLOUT, caso núm. 1214].

⁷⁵ 482 B.R. 86 (Bankr. S.D.N.Y. 2012).

julio y agosto de 2012. Los liquidadores solicitaron el reconocimiento en los Estados Unidos de procedimiento iniciado en las Bermudas; en ese momento estaba pendiente un recurso de apelación contra la orden dictada en julio por el tribunal de las Bermudas. Varios acreedores objetaron el reconocimiento alegando que a) era innecesario, entre otras cosas porque era objetado por un número considerable de acreedores, b) la orden de iniciación era objeto de apelación, y c) por esas razones al reconocimiento se aplicaría la excepción de orden público prevista en el capítulo 11 del Código de Leyes de los Estados Unidos § 1506 [artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI]. El tribunal dictaminó que los procedimientos entablados en las Bermudas constituían procedimientos principales extranjeros, que no había ninguna disposición en el artículo § 1507 del Código de Quiebras [artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI] que condicionara el reconocimiento a un análisis de la relación costo-beneficio o a la aprobación de la mayoría de los acreedores; que correspondía al tribunal de las Bermudas decidir si correspondía iniciar el procedimiento y no era competencia del tribunal ante el que se recurriera condicionar el reconocimiento a un nuevo examen de esa necesidad; que en la redacción del artículo § 1517 [artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI] no había nada que estipulara que la decisión del tribunal de las Bermudas fuese definitiva o inapelable y puesto que la orden del tribunal de las Bermudas era suficiente para que los liquidadores pudieran asumir sus funciones, el artículo § 1518 [artículo 18 de la Ley Modelo de la CNUDMI] requeriría que los liquidadores notificaran al tribunal estadounidense si esa orden era revocada en apelación; y que en el presente caso no había nada que constituyera una transgresión de una cuestión de importancia fundamental que justificara invocar la excepción por razones de orden público.

15. *In re Gold & Honey, Ltd*⁷⁶

En julio de 2008 el prestamista principal del deudor entabló en Israel un procedimiento de administración judicial, pero debido a que se interpusieron ciertos acontecimientos, el tribunal israelí denegó el nombramiento de un administrador judicial. En septiembre de 2008 se abrió un procedimiento de reorganización en los Estados Unidos y se notificó de ello al prestamista principal del deudor. No obstante la iniciación del procedimiento en los Estados Unidos y la paralización automática a que dio lugar esa iniciación, el prestamista principal insistió en su solicitud de que se nombrara un administrador judicial en el tribunal israelí, argumentando que la paralización automática no se aplicaba a sus actuaciones ni a su intento de hacer que se nombrara un administrador judicial. En octubre de 2008, el tribunal estadounidense dictaminó, a solicitud del deudor y basándose en una audiencia en la que estuvo representado el prestamista principal, que la paralización automática se aplicaba a los bienes del deudor donde quiera que estuviesen localizados e independientemente de quien estuviera en posesión de ellos. Aunque el tribunal no llegó a considerar la cuestión de si la paralización se aplicaba concretamente a la administración judicial en Israel o de si tenía jurisdicción *in personam* sobre el prestamista principal, le notificó a este último que en caso de que decidiera seguir adelante con el procedimiento de administración judicial en Israel, lo haría a su propio riesgo. El prestamista principal insistió en su solicitud de administración judicial y, a fines de octubre de 2008, el tribunal israelí determinó que tenía

⁷⁶ 410 B.R. 357 (Bankr. E.D.N.Y. 2009) [CLOUT, caso núm. 1008].

jurisdicción y nombró en noviembre de 2008 administradores judiciales para liquidar los bienes del deudor en Israel a pesar del procedimiento en curso en los Estados Unidos y de la aplicación de la paralización en todo el mundo. A principios de enero de 2009, el prestamista principal solicitó una orden del tribunal estadounidense que rescindiera la paralización automática con respecto a la administración judicial israelí o sobreesayera el procedimiento de insolvencia entablado en los Estados Unidos. A fines de enero de 2009 los administradores de la insolvencia israelíes solicitaron el reconocimiento del procedimiento a su cargo en Nueva York para poder transferir los bienes situados en esa ciudad a Israel para su disposición en el procedimiento israelí. El tribunal de los Estados Unidos denegó el reconocimiento y dictaminó: a) que los representantes israelíes no habían cumplido obligación de probar que el procedimiento israelí era un procedimiento colectivo y que los bienes y negocios del deudor estaban sujetos al control y la supervisión de un tribunal extranjero con arreglo a la definición dada en el título 11 § 101 (23) del Código de las Leyes de los Estados Unidos [artículo 2 a) de la Ley Modelo de la CNUDMI]; b) que los representantes israelíes habían sido nombrados en violación de la paralización automática; y c) que no se había cumplido el umbral necesario para establecer la excepción de orden público enunciada en el título 11 § 1506 del Código de las Leyes de los Estados Unidos [artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI].

17. *Interedil Srl*⁷⁷

La empresa *Interedil* estuvo registrada en Italia hasta julio de 2001, año en que trasladó su domicilio social al Reino Unido y fue eliminada del registro de empresas de Italia y agregada al registro de empresas del Reino Unido. En el momento del traslado, el grupo británico Canopus adelantaba el proceso de adquisición de *Interedil* y unos pocos meses más tarde la titularidad sobre los bienes que poseía *Interedil* en Italia fue transferida a otra empresa británica como parte de dicha adquisición. En 2002, *Interedil* fue suprimida del registro de empresas del Reino Unido. En octubre de 2003 la empresa Intesa solicitó la iniciación de un procedimiento de insolvencia contra *Interedil* en Bari (Italia). *Interedil* impugnó la solicitud alegando que solo los tribunales del Reino Unido gozaban de la competencia requerida y solicitó al tribunal superior de Italia un fallo sobre la jurisdicción. Sin esperar a ese fallo, el tribunal de Bari inició el procedimiento en mayo de 2004. En junio de 2004, *Interedil* radicó una apelación contra esa orden. En mayo de 2005 el tribunal superior italiano pronunció un fallo sobre la primera solicitud, en el que dictaminaba que el tribunal de Bari tenía jurisdicción basándose en que la presunción de que el centro de los principales intereses de un deudor es su domicilio social podía rebatirse, en ese caso gracias a que la empresa tenía en Italia bienes inmuebles, un acuerdo de arrendamiento de dos hoteles y un contrato con un banco, y al hecho de que el registro de empresas italianas no había sido notificado del traslado del domicilio social. El tribunal de Bari remitió luego varias cuestiones al Tribunal Europeo de Justicia para que se pronunciase al respecto con carácter prejudicial. Con respecto a la cuestión relativa a la refutación de la presunción del domicilio social, el Tribunal dictaminó que el centro de los principales intereses de un deudor debe determinarse atribuyendo mayor importancia al lugar de su administración central que deberá establecerse mediante factores objetivos verificables por terceros. Cuando la administración, que incluye la adopción de decisiones de gestión y la supervisión,

⁷⁷ [2011] EUECJ C-396/09, [2012] Bus LR 1582.

se lleva a cabo en el mismo lugar en que se encuentra el domicilio social de forma verificable por terceros, la presunción no puede rebatirse. Cuando la administración central no se encuentra en el mismo lugar del domicilio social, los factores citados en el caso en cuestión no bastaban para rebatir la presunción a menos de que una evaluación completa de los factores permita establecer, de manera verificable por terceros, que el centro real de gestión y supervisión se encuentra en ese otro lugar. El Tribunal pasó luego a dictaminar que cuando el domicilio social de una empresa deudora es trasladado antes de que se solicite la iniciación del procedimiento de insolvencia, se presume que el centro de los principales intereses es el lugar del nuevo domicilio social.

18. *Re Lightsquared LP*⁷⁸

El deudor era un grupo integrado por *Lightsquared* y unas 20 de sus filiales, 16 de las cuales estaban constituidas y tenían su sede en los Estados Unidos, tres estaban constituidas en diversas provincias del Canadá y una estaba constituida en las Bermudas. Cada una de ellas inició procedimientos de reorganización voluntaria en los Estados Unidos y en mayo de 2012 *Lightsquared*, como representante extranjero del deudor, solicitó que se reconociera en el Canadá como procedimiento principal extranjero el procedimiento entablado en los Estados Unidos, y que se reconocieran además determinadas órdenes del tribunal estadounidense y determinadas medidas accesorias. El tribunal canadiense examinó los hechos concernientes a la organización y estructura de las entidades deudoras a fin de determinar la ubicación del centro de los principales intereses de las entidades canadienses. El juez concluyó que, en caso de que no bastara con la simple presunción respecto del domicilio social, los factores principales que se exponen a continuación, considerados en su conjunto, tenderían a indicar que el lugar en que se inició el procedimiento es el centro de los principales intereses del deudor, a saber: i) si el lugar es fácilmente verificable por los acreedores; ii) si se trata del lugar en que el deudor tiene sus principales bienes o realiza sus principales operaciones; y iii) si ese es el lugar en que se lleva a cabo la administración de los negocios del deudor. Basándose en esos factores, el juez concluyó que el centro de los principales intereses de las entidades canadienses se encontraba en los Estados Unidos, reconoció el procedimiento extranjero como procedimiento extranjero principal, reconoció las órdenes dictadas por el tribunal estadounidense y otorgó las medidas accesorias solicitadas.

19. *Massachusetts Elephant & Castle Group, Inc. (Re)*⁷⁹

Los deudores explotaban bajo franquicia en los Estados Unidos y el Canadá una serie de pubs de estilo británico con servicio completo. En junio de 2011 se inició en los Estados Unidos un procedimiento en virtud del capítulo 11 contra los deudores y se solicitó el reconocimiento de dicho procedimiento en el Canadá. Con excepción de tres miembros del grupo que estaban constituidos en el Canadá, las 11 empresas deudoras restantes estaban constituidas en los Estados Unidos de América. El tribunal canadiense examinó los factores pertinentes para determinar la ubicación del centro de los principales intereses de las tres empresas canadienses, y llegó a la conclusión de que los tres factores siguientes suelen ser importantes: a) la ubicación

⁷⁸ 2012 ONSC 2994 (Ont. SCJ [Commercial List]) [CLOUT, caso núm. 1206].

⁷⁹ 2011 ONSC 4201; (2011) 81 C.B.R. (5th) [CLOUT, caso núm. 1206].

de la sede del deudor o del lugar donde se desempeñan las funciones administrativas principales; b) el lugar donde se encuentran los directivos de la empresa deudora; c) el lugar que los acreedores importantes reconocen como el centro de operaciones del deudor. Si bien otros factores pueden tener aplicación en casos concretos, el tribunal fue de la opinión de que estos deberían considerarse de importancia secundaria y solo en la medida en que se relacionaran con los tres factores principales o los reforzaran. Al aplicar esos factores a los hechos en examen, el tribunal hizo notar que la oficina principal de todos los deudores sujetos al capítulo 11 se encontraba en Boston; que el grupo funcionaba como negocio estadounidense integrado cuyo proceso de adopción de decisiones estaba centralizado en su totalidad en la sede central de Boston; y que todos los miembros del equipo de administración central del deudor se encontraban en Boston, al igual que los recursos humanos y las funciones de contabilidad y financiación y demás funciones administrativas y de tecnología de la información. El tribunal concluyó que el centro de los principales intereses de las empresas canadienses se encontraba en Boston, reconoció el procedimiento estadounidense como procedimiento extranjero principal y otorgó medidas adicionales a las medidas obligatorias otorgables a raíz del reconocimiento, reconociendo ante todo determinadas órdenes del tribunal estadounidense dictadas en el procedimiento relacionado con el capítulo 11.

21. *Millennium Global Emerging Credit Master Fund Limited et al*⁸⁰

Los dos deudores (un fondo subordinado y un fondo principal) eran fondos de inversión “offshore” que invertían en títulos de deuda soberana y deuda empresarial de emisores de países en desarrollo. Ambos fondos habían sido constituidos en las Bermudas, el fondo subordinado en 2006 y el fondo principal en 2007. Tras la constitución del fondo principal, el fondo subordinado le transfirió prácticamente la totalidad de su activo, a cambio de derechos de propiedad del 97% en el fondo principal. En octubre de 2008, los fondos experimentaron graves problemas de corriente de efectivo y no pudieron cumplir diversas peticiones de reposición del margen de garantía. Los directores del fondo solicitaron que se iniciaran procedimientos de liquidación en las Bermudas, procedimientos que el tribunal inició en 2009 y nombró a los representantes extranjeros liquidadores de ambos fondos. Los liquidadores solicitaron a varias entidades con sede en los Estados Unidos la proposición oficiosa de pruebas, pero cuando los intentos de negociar la presentación oficiosa de documentos no dieron resultado, solicitaron el reconocimiento del procedimiento de las Bermudas en los Estados Unidos de América. En primera instancia, el tribunal estadounidense dictaminó que el centro de los principales intereses del deudor debería determinarse mediante remisión a la fecha de iniciación del procedimiento extranjero y que el centro de los principales intereses de ambos deudores en esa fecha eran las Bermudas. El fallo sobre la ubicación del centro de los principales intereses fue objeto de impugnación basándose en el argumento de que una serie de hechos relacionados con la estructura de los negocios de los deudores apuntaban hacia el Reino Unido como el centro de los principales intereses. El fallo con respecto a la fecha no fue impugnado. En apelación, el tribunal evaluó las circunstancias en función de cinco factores (la ubicación de la sede del deudor, la ubicación del personal directivo de los negocios del deudor, la ubicación de los bienes principales del deudor, la ubicación de la mayoría de los

⁸⁰ District Ct 11 Civ. 7865 (LBS) junio de 2012.

acreedores del deudor que se verían afectados por el caso, y la jurisdicción cuya ley sería aplicable a la mayoría de las controversias), y de las expectativas de acreedores y otros terceros interesados en lo concerniente a la verificabilidad del centro de los principales intereses de los fondos. El tribunal concluyó que aunque algunos de esos factores podrían respaldar el argumento de que el centro de los principales intereses se encontraba en el Reino Unido, el peso decisivo de las pruebas se inclinaba a favor de las Bermudas como centro de los principales intereses de los deudores, independientemente de que dicho centro se determinara por referencia a la fecha de iniciación del procedimiento extranjero o la fecha de presentación de la solicitud con arreglo al capítulo 15.

23. *Rubin v Eurofinance SA*⁸¹

Los representantes de un procedimiento de insolvencia iniciado en los Estados Unidos en 2007 contra The Consumers Trust solicitaron el reconocimiento de ese procedimiento en Inglaterra con arreglo al Reglamento de la insolvencia transfronteriza de 2006, que dio aplicación a la Ley Modelo en Gran Bretaña, así como la ejecución de un fallo del tribunal de los Estados Unidos que declaraba a Eurofinance responsable de las deudas del The Consumers Trust, que era un fondo empresarial, reconocido como persona jurídica conforme a la legislación de los Estados Unidos. En 2009, el tribunal inglés reconoció el procedimiento de insolvencia extranjero como procedimiento principal, pero desestimó la solicitud de ejecución del fallo. En la primera apelación contra la desestimación de la solicitud de ejecución, el tribunal falló a favor del apelante, llegando a la conclusión de que las reglas ordinarias para ejecutar o dejar de ejecutar fallos extranjeros *in personam* no se aplicaban a los procedimientos de insolvencia y que los mecanismos existentes en los procedimientos de insolvencia para entablar acciones contra terceros en beneficio colectivo de todos los acreedores eran esenciales al carácter colectivo de la insolvencia y no meras cuestiones procesales secundarias. Por consiguiente, las órdenes contra Eurofinance eran parte del procedimiento de insolvencia y afectaban el régimen de su ejecución colectiva. Como tales, las órdenes no estaban sujetas a las reglas ordinarias de derecho internacional privado que impiden la ejecución de fallos porque los demandados no están sujetos a la jurisdicción del tribunal extranjero. En una segunda apelación ante el Tribunal Supremo, este rechazó el criterio del tribunal de apelaciones y desestimó la solicitud de ejecución del fallo. El tribunal dictaminó que las órdenes estaban sujetas a las normas ordinarias del derecho internacional privado y que no se cumplía ninguna de las condiciones de ejecución previstas en el *common law*. El Tribunal consideró asimismo que los artículos 21 y 25 de la Ley Modelo trataban cuestiones de procedimiento y no facultaban implícitamente a los tribunales a ejecutar un fallo de insolvencia extranjero contra un tercero.

24. *In re Sivec*⁸²

En el caso *Sivec*, el reconocimiento en los Estados Unidos de América de un mandato de reorganización dictado en Italia como procedimiento principal extranjero y la modificación de la paralización automática a fin de permitir el litigio en los Estados Unidos de dos demandas de posible compensación. El litigio cristalizó en un

⁸¹ [2010] EWCA Civ. 895.

⁸² 476 B.R. 310 (Bankr. E.D. Okla. 2012).

fallo a favor del deudor italiano en la primera demanda y un fallo a favor del acreedor estadounidense (el acreedor) en la segunda. El acreedor solicitó de modo que fuera posible luego medidas de amparo de la paralización automática para la compensación entre las dos sumas objeto de las sentencias, y el deudor italiano solicitó la ejecución del procedimiento de reorganización, que, al parecer, requeriría que el acreedor abonara la suma establecida en el primer fallo, pero no lo facultaba para demandar en el caso italiano respecto del segundo fallo, puesto que no había presentado una demanda a tiempo (alegó que nunca había recibido una notificación apropiada). El tribunal estadounidense dictaminó que no reconocería el principio de la cortesía internacional respecto del procedimiento italiano, dado que el deudor italiano “no había suministrado información relativa a la ley italiana, o a la situación del caso de quiebra en Italia ni había cumplido con la carga de la prueba que le correspondía al solicitar el reconocimiento de la cortesía”. El tribunal expresó particular preocupación por la falta de notificación al acreedor, concluyó que se echaban de menos elementos básicos del debido proceso y que no se habían protegido los intereses del acreedor estadounidense. En ejercicio de lo que denominó “un amplio margen de discreción para configurar las medidas apropiadas en este caso”, el tribunal dictaminó que al acreedor se le tenía que reconocer la exención de la paralización para ejercer sus derechos de compensación o resarcimiento con arreglo a la ley de los Estados Unidos.

25. *SNP Boat Service, S.A. v. Hotel le St. James*⁸³

SNP Boat Service, una empresa francesa, celebró un contrato con un tercero que exigía que aceptara una permuta de bienes de propiedad de *St. James*, una empresa canadiense. Hubo desacuerdo en cuanto a la ejecución del contrato y la diferencia terminó en litigios en Francia y el Canadá. *SNP* inició en Francia un procedimiento de insolvencia, en el que *St. James* radicó una demanda. En el litigio entablado en el Canadá, el tribunal emitió un fallo de incumplimiento a favor de *St. James*, que solicitó luego que el fallo se ejecutara sobre bienes de *SNP* en la Florida. Antes de que pudieran venderse los bienes, el representante extranjero solicitó el reconocimiento del procedimiento francés en los Estados Unidos. Se otorgó el reconocimiento y se ordenó la paralización de la venta de bienes en la Florida. Los bienes fueron posteriormente entregados al representante extranjero aunque se prohibió que fueran sacados del territorio bajo jurisdicción del tribunal y su venta quedó sujeta a la aprobación del tribunal. El representante extranjero solicitó luego que se aprobara la repatriación de los bienes a Francia para disponer de ellos con arreglo al procedimiento francés. *St. James* objetó la solicitud alegando, entre otras cosas, que en el procedimiento francés sus intereses no se verían “suficientemente protegidos”. El tribunal inferior ordenó la proposición de pruebas para determinar si los intereses de *St. James* en calidad de acreedor quedaban suficientemente protegidos en el procedimiento francés, y en último término denegó la solicitud de repatriación, dictaminó que los bienes se entregaran al funcionario local competente y desestimó el procedimiento iniciado con arreglo al capítulo 15. En apelación, el tribunal dictaminó que no estaba impedido de cerciorarse de que los intereses de acreedores extranjeros en general estaban suficientemente protegidos antes de autorizar el envío de los bienes a la jurisdicción extranjera. Sin embargo, descartó la idea de que estaba facultado para iniciar averiguaciones sobre el tratamiento

⁸³ 483 B.R. 776 (S.D. Fla. 2012).

individual que recibiría el acreedor en Francia, y concluyó que “un tribunal de quiebras no goza de competencia para investigar si los intereses de un acreedor determinado están suficientemente protegidos en todo procedimiento extranjero concreto”. El tribunal llegó a la conclusión de que tanto la orden de proposición de pruebas como la denegación de la solicitud de repatriación de los bienes constituían un abuso de la facultad discrecional y devolvió el caso para que se iniciara un nuevo procedimiento.

27. *Think3*⁸⁴

El deudor (Think3.Inc), empresa sucesora de diversas empresas establecidas originalmente en Italia y en los Estados Unidos de América, estaba constituida en los Estados Unidos y tenía una sucursal en Italia y filiales en seis países, entre ellos Italia y el Japón. Al procedimiento de insolvencia iniciado en Italia en abril de 2011, siguió el procedimiento con arreglo al capítulo 11 en los Estados Unidos en mayo de 2011. El 1 de agosto de 2011, se solicitó el reconocimiento del procedimiento italiano en los Estados Unidos. El 11 de agosto de 2011, se solicitó el reconocimiento del procedimiento estadounidense en el Japón, y reconocimiento que se otorgó el mismo día, junto con determinadas medidas complementarias. En octubre de 2011 se solicitó también el reconocimiento del procedimiento italiano en el Japón, con el argumento de que el “principal lugar de negocios” del deudor (que es la expresión utilizada en la ley japonesa por la que se incorpora la Ley Modelo al derecho interno y que se considera que tiene en el fondo el mismo significado que la expresión “centro de los principales intereses”) se encontraba en Italia y no en los Estados Unidos⁸⁵. En la determinación de los factores que debería tenerse en cuenta respecto del principal lugar de negocios del deudor, el tribunal de primera instancia examinó la labor que adelantaba la CNUDMI de revisión de la Guía de incorporación de la Ley Modelo en el derecho interno. El tribunal dictaminó que, si bien era procedente tener en cuenta todos los diversos factores que habían planteado diferentes tribunales de todo el mundo, el énfasis se debería poner en el lugar donde se cumplen las funciones de la oficina central, los bienes básicos, el lugar efectivo de los negocios del deudor y el personal directivo de los negocios del deudor, y si esa ubicación era verificable para los acreedores. Con respecto al momento, el tribunal fue de la opinión de que el momento se debería determinar por referencia al momento en que se había registrado el primero de los procedimientos de insolvencia relacionados con el deudor o en que había comenzado ese procedimiento. Tras haber examinado los complejos antecedentes recientes del deudor a la luz de los diversos factores que era preciso tener en cuenta, el tribunal concluyó que el principal lugar de negocios del deudor se encontraba en los Estados Unidos. Esa decisión fue confirmada en apelación.

⁸⁴ Caso núm. 1757 de 2012. Recurso de apelación contra una orden de denegación de una solicitud de reconocimiento y asistencia respecto de un procedimiento de insolvencia extranjero y una orden de administración (Numeración del tribunal de primera instancia: casos núms. 3 y 5 de 2011 del Tribunal del Distrito de Tokio) que se puede consultar en inglés y en japonés en www.insol.org/page/304/japan.

⁸⁵ Véase la nota de pie de página 157 del párr. 102G.

28. *In re Dr. Juergen Toft*⁸⁶

El deudor, a quien se le había abierto un procedimiento de insolvencia en Alemania, se había negado a cooperar con el representante extranjero, había ocultado sus bienes y se había trasladado a un país desconocido. El representante extranjero había obtenido una orden de interceptación del correo, aplicable al correo postal y al correo electrónico intercambiado en el marco del procedimiento alemán, así como el reconocimiento *ex parte* del procedimiento alemán y la ejecución en Inglaterra de la orden de interceptación del correo dictada en Alemania. El representante extranjero solicitó el reconocimiento del procedimiento iniciado en Alemania en los Estados Unidos, junto con medidas *ex parte* para ejecutar la orden de interceptación del correo en los Estados Unidos y obligar a determinados proveedores de servicio a revelar y entregar al representante extranjero todos los correos electrónicos del deudor almacenados en ese momento en sus servidores, así como los que recibiera en el futuro. Basándose en que esa medida no sería otorgable a un representante de la insolvencia en virtud de la ley estadounidense y que contravendría determinar disposiciones legislativas relativas a la privacidad y la escucha telefónica, lo cual podría crear una responsabilidad penal, el tribunal denegó la medida solicitada por ser manifiestamente contraria a la normativa de orden público de los Estados Unidos con arreglo al Título 11 § 1506 del Código de las Leyes de los Estados Unidos [artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI]. La denegación se dictó a reserva del derecho del representante extranjero a solicitar el reconocimiento tras haber suministrado la notificación pertinente requerida en virtud de la ley de los Estados Unidos.

29. *In the matter of Vitro S.A.B. de C.V.*⁸⁷

Vitro era una sociedad de cartera de inversiones que, junto con sus filiales, era el mayor fabricante de vidrio de México. Entre 2003 y 2007, Vitro tomó en préstamo una suma considerable, principalmente de inversionistas de los Estados Unidos, según se desprendía de tres series de pagarés no garantizados, con diversas fechas de vencimiento en 2012, 2013 y 2017 y garantizados por prácticamente todas las filiales de Vitro. Las garantías, que se regían por la ley de Nueva York, estipulaban que los garantes no quedarían liberados, exonerados o afectados de alguna otra manera por ningún arreglo o liberación resultante de cualquier proceso de insolvencia, reorganización o quiebra que afectara a Vitro y que las controversias se someterían a resolución judicial en Nueva York. En 2008, Vitro anunció su intención de reestructurar su deuda y dejó de abonar pagos por concepto de los pagarés no garantizados. En 2009, Vitro concertó arreglos con Fintech Investments Ltd., uno de sus mayores acreedores cuyo resultado fue que Vitro generó una cuantiosa deuda intercorporativa. La deuda no fue revelada a los tenedores de los pagarés no garantizados hasta aproximadamente 300 días después de que se cerraran las transacciones, con lo cual estas venían a quedar fuera del período de sospecha de 270 días establecido en México, y durante el cual habrían sido sometidas a análisis complementario antes de que la empresa entrara en insolvencia. Aunque entre 2009 y 2010 Vitro inició varias rondas de negociaciones de reorganización, los acreedores rechazaron sus propuestas. En diciembre de 2010 Vitro presentó una solicitud en virtud de la Ley de reorganización de empresas

⁸⁶ 453 B.R. 186 (Bankr. S.D.N.Y. 2011) [CLOUT, caso núm. 1209].

⁸⁷ 2012 WL 5935630 (5th Cir., 28 Nov 2012).

de México. A pesar del rechazo inicial debido a que Vitro no pudo alcanzar el umbral requerido del 40% de aprobación de los acreedores necesario para respaldar la solicitud sin tener que recurrir a créditos intercorporativos, el tribunal mexicano aprobó la solicitud, pero la decisión fue revocada en apelación y Vitro fue declarada en quiebra en abril de 2011. Se negoció luego un plan de reorganización con los acreedores reconocidos (incluidos los tenedores de deuda intercorporativa), en el que se preveía, entre otras cosas, la anulación de los pagarés no garantizados y el cumplimiento de las obligaciones adeudadas por los garantes. El plan fue aprobado en último término con el porcentaje requerido de acreedores y el tribunal mexicano lo aprobó en febrero de 2012. Esa decisión de aprobación fue luego recurrida. Los acreedores que no estaban satisfechos con la reorganización trataron de cobrar de diversas maneras los pagarés no garantizados y las garantías. En una demanda entablada en Nueva York, el tribunal dictaminó que la ley de Nueva York se aplicaba a las garantías y que estaba prohibida la liberación, exoneración o modificación no consensuadas de las obligaciones inherentes de las garantías. En abril de 2011 se solicitó el reconocimiento en los Estados Unidos del procedimiento mexicano, reconocimiento que se otorgó finalmente como procedimiento principal extranjero. Esa decisión ha sido recurrida. En marzo de 2012, los representantes extranjeros de Vitro solicitaron diversas órdenes para la aplicación de medidas en los Estados Unidos, incluida la ejecución del plan de reorganización mexicano y un mandamiento judicial por el que se prohibían determinadas acciones en los Estados Unidos en contra de Vitro, pero las medidas solicitadas fueron denegadas. La decisión fue recurrida con el razonamiento de que el tribunal había cometido un error judicial al denegar la ejecución del plan porque modificaba obligaciones en materia de garantías de partes no deudoras. En apelación, el tribunal estadounidense confirmó la orden de reconocimiento del procedimiento mexicano y la orden de denegación de las medidas solicitadas basándose en que si bien, en circunstancias excepcionales, el tribunal podría en virtud del capítulo 15 hacer cumplir una orden de extinción de las obligaciones de partes no deudoras, Vitro no había demostrado la existencia de esas circunstancias excepcionales en el caso en cuestión.

Anexo II

Decisión de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y resolución 66/9 de la Asamblea General

[...]
