



Universidad De Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Internacional

SOBRE LA IMPORTANCIA DEL CONCEPTO DE CENTRO DE
PRINCIPALES INTERESES DEL DEUDOR COMO FACTOR DE
CONEXIÓN EN LA NUEVA LEY 20.720 Y SU APLICACIÓN EN
PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA DE
GRUPOS DE EMPRESAS

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales.

Autor

Jeremy Daniel Levy Morchio

Profesora Guía: Carola Canelo Figueroa

Santiago, Chile

2015

A mis padres, por su amor y apoyo

Al Creador del Universo, por regalarme vida cada instante.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	iv
INTRODUCCIÓN	1
1. Nueva ley de reorganización y liquidación de empresas y personas.....	6
CAPITULO I: INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA	10
1.1 Definición.....	10
1.2 Estado de la materia en Chile previo a la Nueva Ley	11
1.2.1 Código Bustamante y Antiguo Libro IV del Código de Comercio	11
1.2.2 Exequátur.....	13
1.3 Origen y objetivos de la Ley Modelo	17
1.4 Estructura de la Ley Modelo	20
1.5 Recepción de la Ley Modelo en la Nueva Ley de Quiebras	21
CAPITULO II: CENTRO DE PRINCIPALES INTERESES.	37
2.1 Procedimiento Extranjero	37
2.1.1 Procedimientos extranjeros principales y no principales.	40
2.1.1.1 Origen y propósito de la distinción.....	41
2.1.1.2 Importancia de la distinción	42
2.2. El Centro de Principales intereses del deudor	45
2.2.1 Definición	45
2.2.2 Aproximaciones al contenido del concepto de CPI	46
2.2.3 Determinación del CPI por el juez.....	53
2.2.4 Carga de la prueba.....	54

2.2.5 Momento de determinación del CPI	56
2.2.6 Traslado del Centro de Principales Intereses.....	59
CAPITULO III: ANALISIS DE JURISPRUDENCIA.....	62
3.1 Eurofood IFSC Ltd (Re)	62
3.1.1 Antecedentes de hecho.	63
3.1.2 Decisión del tribunal	66
3.1.3 Conclusiones.....	69
3.2 Stanford International Bank Ltd.....	75
3.2.1 Antecedentes de hecho.	76
3.2.2 Decisión del tribunal	78
3.2.3 Conclusiones y crítica	80
3.3 QBEX Electronics Corporation INC	82
3.3.1 Antecedentes de hecho	83
3.3.2 Decisión del tribunal	83
3.3.3 Conclusiones.....	87
3.4 Millenium Global Emerging Credit Master Fund	88
3.4.1 Antecedentes del caso	88
3.4.2 Decisión del tribunal	90
3.4.3 Conclusiones.....	93
CAPITULO IV: CENTRO DE PRINCIPALES INTERESES EN GRUPOS DE EMPRESAS	95
4.1 Concepto de grupo de empresas	96

4.2 Grupos de empresas integrados	99
4.3 Tratamiento legal de los grupos de empresas	102
4.4 Problemáticas de la insolvencia en grupos de empresas.....	105
4.4.1 Grupos de empresas y Centro de principales intereses	108
4.5 Soluciones a la situación de grupos de empresas en insolvencia	111
4.5.1 Soluciones propuestas por el Grupo de trabajo V de la CNUDMI	112
4.5.2 Soluciones propuestas por el International Insolvency Institute	117
4.5.3 Experiencia Colombiana	119
CONCLUSIONES	122
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	126

RESUMEN

El objetivo de la presente obra es estudiar el concepto del Centro de principales intereses del deudor, especialmente respecto a su utilidad en situaciones de insolvencia transfronteriza en grupos de empresas, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado.

Para aquello, se comenzará analizando la Ley Modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza, así como también su introducción en el Derecho Chileno por medio de la Ley 20.720 (Capítulo I).

Posteriormente, se examinará el concepto de centro de principales intereses del deudor propiamente tal, su definición, utilidad y propósito en la ley, determinación por el juez, carga de la prueba, entre otros aspectos, (Capítulo II).

Complementando lo anterior, se profundizará en un análisis de jurisprudencia de 4 casos emblemáticos que permiten entender la forma en

que se ha desenvuelto el Centro de principales intereses en jurisdicciones de relevancia internacional (Capítulo III).

Finalmente, con todos los conocimientos obtenidos en la investigación, se dará respuesta a la hipótesis o tesis planteada en esta memoria de prueba en orden a determinar la importancia o no del concepto de centro de principales intereses del deudor como factor de conexión, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, teniendo en consideración la nueva Ley 20.720 y su aplicación en procedimientos de insolvencia transfronteriza de grupos de empresas. Para ello, se observarán las problemáticas actuales que plantean las situaciones de insolvencia de grupos de empresas a la Ley Modelo y al concepto de centro de principales intereses, así como las soluciones que se han propuesto (Capítulo IV).

INTRODUCCIÓN

Esta obra, pretende introducir en la literatura jurídica nacional el primer intento por comprender en profundidad parte de la nueva normativa sobre insolvencia transfronteriza que entró en vigencia en el país con la Ley 20.720. Aún cuando ya se había escrito sobre la insolvencia transfronteriza, esta memoria es la primera en hacerlo siendo la insolvencia transfronteriza parte de nuestro derecho, lo que le imprime a este trabajo un sello eminentemente práctico, dirigido a prever y responder las preguntas y discusiones que surgirán en la aplicación de la sección internacional de la nueva ley de insolvencia, teniendo como antecedente el desarrollo jurisprudencial y doctrinario que la Ley Modelo sobre insolvencia transfronteriza ha tenido desde su origen en 1997.

La justificación de esta investigación, en cuanto aporte al Derecho Internacional Privado, radica en que al entrar en vigencia la nueva Ley de Insolvencia, ingresó junto con ella un nuevo factor de conexión en el Derecho nacional, cual es, el Centro de principales intereses del deudor. Este nuevo factor de conexión, tendrá una relevancia gravitante en la

determinación de cual, entre todos los procedimientos de insolvencia que se han abierto en el extranjero en contra del deudor, será el que tendrá la calidad de procedimiento extranjero principal, vinculando la jurisdicción chilena con alguna de las posibles jurisdicciones extranjeras que hayan conocido de la insolvencia del deudor.

El centro de principales intereses del deudor en cuanto factor de conexión entre dos jurisdicciones, requiere una investigación como la que se presenta en esta obra, por la novedad que tiene en el sistema jurídico chileno y por sobre todo, por ser un concepto jurídico indeterminado que ha generado vasta doctrina y jurisprudencia internacional, que ha intentado delimitar su contenido.

En este sentido, la hipótesis que este trabajo quiere confirmar o refutar es si el centro de principales intereses del deudor ha sido y si seguirá siendo un factor de conexión que ha servido para la vinculación fluida entre jurisdicciones, permitiendo un reconocimiento efectivo y sin disputas de procedimientos de insolvencia, permitiendo con el reconocimiento la consecuente comunicación y cooperación entre tribunales y la liquidación

de bienes que se encontraban en el país en que se reconoció el procedimiento de insolvencia. Todo lo anterior con especial atención a la situación de los grupos de empresas.

El marco conceptual que sirve de telón de fondo para la verificación o refutación de la hipótesis, puede resumirse como dos colisiones entre conceptos que pugnan por dominar la visión que debieran tener las normas sobre insolvencia transfronteriza.

En primer lugar, existe una dialéctica entre la idea de soberanía -un concepto en constante tensión en el Derecho Internacional Privado- que busca imponer la jurisdicción de los tribunales de cada país sobre los actos de las empresas en insolvencia, y en contraposición a esto, el deseo de parte del Derecho de la insolvencia internacional, de lograr una mayor flexibilidad en el trato otorgado a la insolvencia de los grupos de empresas de parte de los tribunales de los distintos países involucrados en la insolvencia, de modo tal que se puedan obtener soluciones globales que permitan una reorganización efectiva de la multinacional quebrada o por lo menos una liquidación que sea lo más eficiente para los acreedores. La

misma CNUDMI se vio enfrentada a esta disyuntiva al crear la Ley Modelo, debiendo optar por una ley que tendiera a la universalidad de la insolvencia (entendiendo por esto que un solo procedimiento rijan sobre todos los bienes del deudor independiente de su ubicación en distintas jurisdicciones) o una ley que respetara la jurisdicción de cada país, permitiendo la apertura de procedimientos de insolvencia paralelos en cada país en que la empresa tuviera presencia. Finalmente la CNUDMI se decidió por esta última opción.

La segunda disputa conceptual que cruza la memoria es la que se da entre una visión tradicional de la persona jurídica, que reivindica la responsabilidad limitada como principio fundante de la empresa, siendo ésta responsable solo por los actos que le pueden ser atribuidos, considerando como elementos propios de la persona jurídica solo los que aparecen en su estatutos de constitución; y por otro lado, una visión más amplia de empresa, que tenga en vista no solo la constitución formal de la persona jurídica sino también su administración efectiva y su relación con otras empresas relacionadas, haciéndose responsables y ampliando su patrimonio en la medida en que estas empresas estén integradas comercialmente por

medio de un grupo de empresas. Esta disputa se verá claramente en el análisis de jurisprudencia del caso *Eurofoods*¹, así como también en la ampliación o reducción de los límites del concepto de centro de principales intereses.

Todos estos conceptos y aspectos serán analizados en la memoria de prueba con la finalidad de determinar la importancia que ha tenido como factor de conexión el centro de principales intereses del deudor con especial énfasis en los procedimientos de insolvencia transfronterizos de grupo de empresas.

¹ Página 60 y ss.

NUEVA LEY DE REORGANIZACIÓN DE EMPRESAS Y PERSONAS

El 10 de octubre de 2014 entró en vigencia en nuestro país la Ley N°20.720 que sustituye el régimen concursal vigente por una Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, y perfecciona el rol de la Superintendencia del Ramo².

La nueva legislación introduce importantes cambios, no solo a nivel normativo³, sino también, en la filosofía⁴ y el enfoque con el que se aborda la insolvencia en nuestro país. Se cambia el foco, de una ley que -creada en el contexto de la crisis económica de 1982- privilegiaba la liquidación rápida y eficaz de los bienes de la empresa fallida permitiendo la recirculación de los bienes en la economía, hacia una legislación que tiene

² De aquí en adelante, se usará indistintamente los términos “Nueva ley de Insolvencia” o “NLI”.

³ Entre los principales cambios se encuentran: Nuevos procedimientos, procedimiento especial para la persona natural insolvente, plazos más acotados, derecho a defensa del deudor, protección de los trabajadores de la empresa insolvente. Para una exposición detallada de los cambios que se introdujeron con la NLI, consultar el informe elaborado por la Asociación de emprendedores de Chile. Disponible en: <http://www.asech.cl/wp-content/uploads/2014/04/Ley-de-Reemprendimiento.pdf?d86892>. Ver también el informe elaborado por INSOL International “Nueva ley de Quiebras en Chile: reestructurada para la reestructuración corporativa. Disponible en: [https://www.insol.org/files/TechnicalSeries/Special%20Reports/Spanish%20%20COMPILED%20PAPER%20-%20\(RP%20-%2030%20Sep%2014\).pdf](https://www.insol.org/files/TechnicalSeries/Special%20Reports/Spanish%20%20COMPILED%20PAPER%20-%20(RP%20-%2030%20Sep%2014).pdf)

⁴ Reflejo de este nuevo enfoque es el cambio en la terminología utilizada en la NLI: Se pasa de Fallido a Deudor, de Quiebra a Liquidación, de Superintendencia de Quiebras a Superintendencia de Insolvencia y reemprendimiento.

el acento puesto en la reorganización y el salvataje de las empresas que sean viables, con el fin de darle nueva vida a los emprendimientos que lo requieran.

El cambio legislativo no solo busca un sistema de insolvencia más eficaz y eficiente para la economía nacional, sino que también se busca un objetivo internacional, intentando mejorar la alicaída posición de Chile con respecto a la resolución de la insolvencia en el ámbito internacional. Esta situación la explicó la Superintendente de Quiebras, Josefina Montenegro, en su exposición en el Congreso Nacional⁵: *“el informe Doing Business 2012, del Banco Mundial, nos ubica en un meritorio lugar 39, subiendo 2 puestos en relación con el informe del año 2011. Sin embargo, estamos ubicados en el lugar 110⁶ en materia de solución de insolvencias, materia en la que estamos muy lejos de los mejores estándares mundiales. Con respecto a la duración de los procedimientos exponía que en comparación a países de la región, Chile presenta un panorama desolador. Así, respecto de la duración del procedimiento, Colombia muestra un promedio de 1,3 años, mientras que Uruguay entrega 2,1 años y Bolivia, 1,8 años. Nosotros, en*

⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley 20.720. p 9 y 10.

⁶ De 189 economías medidas.

cambio, mostramos un triste promedio de 4,5 años. Se contrastaba también el 82.2% de recuperación de crédito logrado en Colombia frente a un pobrísimo 25.5% de recuperación en el caso de Chile.

Concluía la Superintendente que “el sistema concursal en Chile es, en comparación a países de la región y aquellos pertenecientes a la OCDE que hemos citado, lento y de larga tramitación, incapaz de entregar una alta tasa de recuperación del crédito y, finalmente, caro y oneroso, lo que indirectamente incide en aumentar las barreras de entrada o acceso a nuestra propia regulación”⁷.

De lo anterior se desprende que uno de los objetivos de la Nueva Ley de Insolvencia es procurar hacer de Chile una plaza más atractiva, segura y amigable para los inversionistas extranjeros, entendiendo que un sistema concursal más moderno y eficiente, significa un menor riesgo para la inversión en caso de fracaso, lo que redundaría en una mayor entrada de capitales, ideas y emprendedores extranjeros a nuestro país. Es en ese intento, que el proyecto de ley contempló en su capítulo VIII, la

⁷ *Ibíd.*

incorporación de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional⁸ sobre Insolvencia Transfronteriza.

⁸ De aquí en adelante, CNUDMI

CAPITULO I: INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA

1.1 DEFINICIÓN

La insolvencia transfronteriza puede definirse como aquella en la que existe más de un país involucrado en la insolvencia de la empresa o persona. El profesor Contreras Strauch⁹ le da el carácter de fronteriza a una insolvencia cuando en ella el deudor insolvente tiene bienes, agencias, sucursales o establecimientos en más de un Estado, o bien, cuando algunos de los acreedores del deudor no son ciudadanos del país en donde se ha abierto el procedimiento concursal.

De la definición citada, son dos los elementos internacionales que pueden hacer a una insolvencia adquirir un aspecto internacional; la presencia de bienes y empresas relacionadas o la existencia de acreedores en un país distinto al cual se abrió el procedimiento de insolvencia. Así también lo caracterizan los profesores Eyzaguirre y Gómez: La insolvencia transnacional involucra un procedimiento de insolvencia en un determinado

⁹ CONTRERAS, O. 2010. Insolvencia y quiebras. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p.451.

país con acreedores localizados en a lo menos un país adicional. En los casos más complejos involucra múltiples procedimientos, subsidiarias, entidades afiliadas, activos, operaciones y acreedores localizados en distintos países¹⁰.

De todas formas, y sin perjuicio de las definiciones ya explicadas, más adelante veremos¹¹, que la Ley Modelo adoptada en Chile considera principalmente la existencia de un procedimiento extranjero, como elemento determinante para hacer aplicables sus normas.

1.2 ESTADO DE LA MATERIA PREVIO A LA NUEVA LEY

1.2.1 Código Bustamante y Antiguo Libro IV del Código de Comercio

Hasta antes de la entrada en vigencia de la NLI, las referencias en nuestro sistema jurídico a la arista internacional de una insolvencia eran escasas y aisladas, sin dar un tratamiento sistemático a la materia. La

¹⁰ EYZAGUIRRE, G y GOMEZ, R. 2011. El derecho de quiebras. 2º Edición, Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. p.561

¹¹ Página 35 y ss.

antigua ley de quiebras, solo se refería a los acreedores extranjeros para citarlos a comparecer con los documentos justificativos de sus créditos¹².

Por su parte, el Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, incluía una referencia a la Quiebra o concurso en el título noveno del libro tercero, entre los artículos 414 y 422¹³. Cabe notar que las disposiciones del Código Bustamante, fueron aprobadas por Chile bajo reserva de prevalecer la legislación chilena actual o futura por sobre el Código. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 302 de la NLI establece que en caso de conflicto entre este capítulo y una obligación del Estado de Chile nacida de un tratado u otra forma de acuerdo en el que Chile sea parte con uno o más Estados donde se estén tramitando procedimientos extranjeros, prevalecerán las disposiciones de ese tratado o acuerdo. Tenemos entonces que la reserva del Código Bustamante hacer prevalecer la legislación nacional, pero esta legislación le vuelve a otorgar vigencia a los tratados internacionales. Se produce una colisión entre dos normas que se entregan una a la otra vigencia mutuamente. Debemos concluir que por un criterio de

¹² Artículo 52 N°7 de la Antigua Ley de Quiebras (Ley N°18.175)

¹³ Para un Análisis más detallado de las disposiciones del Código de Bustamante, revisar: FORTES, C. 2008. Insolvencia transfronteriza. Memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile. Facultad de Derecho. p. 41 y ss.

especialidad y posterioridad de la ley, debiera regir la NLI por sobre el Código Bustamante en un caso en que ambos cuerpos legales pudieran arrogarse aplicación.

1.2.2 Exequatur

Corresponde, al hacer mención de la legislación referida a la Insolvencia extranjera antes de la NLI, detenerse en el Exequatur, que si bien no es una materia específicamente relacionada con la insolvencia internacional, si se hace necesaria una breve referencia a fin de constatar los efectos que la NLI produce en esta forma de cooperación internacional.

Como veremos más adelante¹⁴, la NLI se organiza en base al reconocimiento de un procedimiento de insolvencia extranjero y es el propósito esencial de crear un régimen jurídico aplicable a la quiebra transfronteriza, el facilitar el reconocimiento de los procedimientos extranjeros de insolvencia¹⁵. Por ende, a primera vista, podría parecer

¹⁴ Página 51 y ss.

¹⁵ SANDOVAL, R. 1999. La ley modelo de la CNUDMI sobre quiebra transfronteriza. Revista de Derecho, Universidad de Concepción. N°205, año LXVII.: 33-46 p.39.

razonable concluir que se vería disminuido el ámbito de aplicación del exequátur, dejando fuera de su ámbito de aplicación todos los asuntos concursales.

Sin embargo, esa conclusión podría ser apresurada, en base a las diferencias que surgen del estudio de ambos estatutos. La primera diferencia que aparece de manifiesto es que en el caso del exequátur, este busca el reconocimiento de sentencias extranjeras ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas y la Ley modelo busca el reconocimiento de procedimientos. Reconocer un procedimiento genera un dinamismo mayor, al estar sujeto a los cambios que se produzcan en el procedimiento extranjero¹⁶. También se desprende una diferencia en el ámbito temporal de aplicación de cada procedimiento, ya que el exequátur se pedirá tras haber concluido el procedimiento en el país extranjero, a diferencia del reconocimiento de procedimientos extranjeros de la NLI, ya que la propia definición de “procedimiento extranjero” se refiere a éste como un procedimiento, *que se tramite* en un

¹⁶ Ejemplo de ello es el artículo 317 de la ley 20.720. Este artículo impone el deber de información continua de todo cambio que ocurra en el procedimiento extranjero.

Estado extranjero¹⁷, por lo que su reconocimiento, se realiza esencialmente durante la tramitación de éste y no necesariamente a su conclusión.

Se puede argumentar que el nuevo procedimiento de reconocimiento, aumenta y facilita el reconocimiento de situaciones jurídicas que podrían quedar fuera del ámbito de aplicación del exequátur, ya que el reconocimiento de un procedimiento de insolvencia extranjera podría no considerarse reconocimiento de una “sentencia” extranjera, por ejemplo, si la declaración extranjera de quiebra se considera meramente una declaración de la situación legal del deudor o no se considera un pronunciamiento de carácter definitivo¹⁸. De todas formas, creemos que la afirmación que hicimos sobre la reducción del ámbito de aplicación del exequátur con la nueva ley, sigue en pie.

A nivel práctico, creemos que el nuevo procedimiento de reconocimiento reemplazará al exequátur en materias concursales, ya que los actores de una quiebra tienen buenas razones para preferir el nuevo

¹⁷ Artículo 301 a) de la ley 20.720

¹⁸ CNUDMI. 2014. Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y Guía para su incorporación al derecho interno e interpretación. p.24.

procedimiento de reconocimiento por sobre el exequátur, principalmente en base a que el procedimiento de reconocimiento evita la doble tramitación que imponía el exequátur. Se llega a esta conclusión de la lectura del artículo 314, 318, 319 y 320 de la NLI, que aluden a un mismo “tribunal competente” al que deberá solicitar el representante extranjero el reconocimiento de procedimiento extranjero (artículo 314) y que deberá otorgar las medidas a favor del representante extranjero (artículos 318,319 y 320) . Por su parte, la definición de tribunal competente está en la letra h del artículo 301 de la NLI, estableciendo que será aquel tribunal que le hubiere correspondido o que le correspondiera conocer de un procedimiento concursal con arreglo a esta ley. Finalmente el artículo 3° de la NLI dispone que los procedimientos concursales contemplados en esta ley serán de competencia del juzgado de letras que corresponda al domicilio del deudor. En consecuencia, tanto el reconocimiento de procedimientos extranjeros como las medidas que se otorguen a este, se tramitaran ante los juzgados de letras competentes. Esto en contraste con el exequátur, el que solo una vez tramitado, y habiéndose mandado a cumplir una resolución pronunciada en país extranjero, se puede iniciar otro procedimiento, de tipo compulsivo ante el tribunal al que habría correspondido conocer el negocio si el juicio

se hubiera promovido en Chile para su ejecución¹⁹. De todas formas, creemos que ambos procedimientos son complementarios y que ambos siguen estando vigentes para ser solicitados en materias concursales, sin derogación tácita del exequátur. Quedará en manos de los acreedores extranjeros definir qué procedimiento les acomoda más para el logro de sus intereses.

1.3 ORIGEN Y OBJETIVOS DE LA LEY MODELO

Habiendo estudiado el estado de la materia previo a la nueva ley pasamos derechamente a estudiar el origen directo de las normas internacionales contempladas en la nueva ley de insolvencia.

Durante su 30° periodo de sesiones celebrado en Viena, Austria, del 12 al 30 de Mayo de 1997, la CNUDMI, aprobó la Ley Modelo sobre insolvencia transfronteriza²⁰. El principal objetivo de la Ley Modelo, tal como lo reseña su guía para la incorporación al derecho interno, es ayudar a

¹⁹ Artículo 251 del Código de procedimiento civil.

²⁰ Para mayor información sobre los antecedentes de la Ley Modelo, consultar: SANDOVAL, R. 1999. La ley Modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza. En Revista de Derecho, Universidad de Concepción. Revista N°205, año LXVII. p. 33 a 35.

los Estados a dotar a su régimen de insolvencia de una normativa moderna, equitativa y armonizada para abordar con más eficacia los casos de procedimientos transfronterizos²¹.

El aumento del comercio internacional, ha hecho que desde la década de los 90 la cantidad de insolvencias que tienen repercusiones internacionales haya aumentado significativamente. Este aumento de casos de insolvencia trasfronteriza ha ido de la mano con el aumento de operaciones fraudulentas de los deudores para ocultar bienes en el extranjero, lejos del alcance de los acreedores, operaciones de cada vez de mayor facilidad por la globalización de las economías. Por otra parte, la mayoría de las naciones no ha previsto para sus legislaciones nacionales normas que gobiernen situaciones como estas, lo que redundará por un lado en una falta de previsibilidad en lo que sucederá con los bienes o dineros que el deudor tiene en países extranjero así como también en el uso de mecanismos de cooperación que no fueron creados para esos fines, siendo de difícil tramitación y de incierto resultado, como el *exequatur* y la doctrina de la cortesía internacional en el *common law*.

²¹ CNUDMI. 2014. Ley modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza y Guía para su incorporación al derecho interno e interpretación. p.21.

Todas estas razones llevo a las Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional a iniciar en 1995 un proceso de elaboración de un texto legal que sirviera para dar solución a la insolvencia transfronteriza, que incluyo la participación de diversos organismos internacionales y que culmino en 1997 con la aprobación de la actual Ley Modelo.

A la fecha, la Ley Modelo ha sido adoptada, o se han promulgado leyes basadas en ella, en un total de 23 países que corresponden a: Australia (2008), Canadá (2005), Chile (2013), Colombia (2006), Eslovenia (2007), Estados Unidos de América (2005), Filipinas (2010), Grecia (2010), Japón (2000), Mauricio (2009), México (2000), Montenegro (2002), Nueva Zelanda (2006), Polonia (2003), Gran Bretaña (2006), Islas Vírgenes Británicas (2003), República de Corea (2006), Rumania (2002), Serbia (2004), Seychelles (2013), Sudáfrica (2000), Uganda (2011), Vanuatu (2013)²².

²² Revisado en la página web de la CNUDMI (http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html), el 28 de Julio de 2015.

1.4 ESTRUCTURA DE LA LEY MODELO

El texto de la Ley Modelo se centra en cuatro elementos fundamentales que, tras los estudios y consultas realizados a principios de los años 90, antes de su negociación, se reconocieron como ámbitos en los que tal vez se podría alcanzar un acuerdo internacional:

- a) El acceso a los tribunales de un Estado para los representantes de procedimientos de insolvencia sustanciados en el extranjero y para los acreedores, y la autorización a los representantes de procedimientos de un Estado para solicitar asistencia en otro;
- b) El reconocimiento de determinadas órdenes dictadas por tribunales extranjeros;
- c) El otorgamiento de medidas para ayudar a sustanciar procedimientos extranjeros;
- d) La cooperación entre los tribunales de los Estados en que estén situados los bienes del deudor y la coordinación de procedimientos paralelos²³.

²³ *Ob. cit.* p.29

Los 32 artículos de Ley Modelo están divididos en el preámbulo y 5 capítulos. Aparte del capítulo I que trata sobre disposiciones generales, el resto de los capítulos se estructuran recogiendo los ejes fundamentales recién mencionados. De esta manera el capítulo II se refiere al Acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del Estado; el capítulo III – que es el que más interesa a esta investigación junto con el capítulo I de las disposiciones generales- regula el reconocimiento de un procedimiento extranjero y las medidas otorgables; el capítulo IV trata sobre la cooperación con tribunales y representantes extranjeros; y finalmente el capítulo V, que tendrá relevancia cuando ahondemos respecto a los grupos de empresas, trata sobre los procedimientos paralelos.

1.5 RECEPCIÓN DE LA LEY MODELO EN LA NUEVA LEY DE QUIEBRAS

De la revisión comparada entre el texto de la Ley Modelo y el texto aprobado en el Capítulo VIII de la Nueva Ley de quiebras, intitulado “De la insolvencia transfronteriza”, se puede concluir que se intentó respetar al máximo la estructura, el articulado y los términos utilizados en la Ley

Modelo, procurando evitar cambios al articulado de la ley.

Esta intención se ve reflejada en las declaraciones que el Asesor legislativo de la Superintendencia de Quiebras, Nicolás Velasco, hizo en el seno de la discusión legislativa: *“Dado su origen internacional, es importante mantener la uniformidad de las denominaciones que se emplean, con el propósito de facilitar su aplicación entre las distintas legislaciones que las han adoptado”*²⁴.

Las palabras de Velasco, van en línea con la recomendación que la propia CNUDMI hace en su guía para la incorporación al derecho interno, en cuanto a que la flexibilidad que entrega una Ley Modelo -que como lo expresa su nombre, es un texto legislativo que se recomienda a los Estados para incorporarlo a su derecho interno y no impone un texto rígido como en el caso de otros instrumentos internacionales- tiene que ir acompañada de un bajo número de cambios para preservar la armonización y seguridad jurídica que se quiere garantizar a los acreedores e inversionistas extranjeros.

²⁴BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N° 20.720. p.902

De todas maneras, el legislador chileno sí introdujo algunos cambios al texto de la Ley Modelo, con el fin de adecuarlo a las particularidades del sistema jurídico nacional. Exceptuando los cambios de mera terminología, los cambios más relevantes que introdujo el legislador chileno son los siguientes:

1.- Artículo 301 b) de la NLI en relación con el artículo 2 b) de la Ley Modelo: El artículo 2 de la Ley Modelo establece ciertas definiciones relevantes, entre las que incluye la definición de procedimiento extranjero principal. Al definirlo, establece que será el *procedimiento extranjero que se siga en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses*. Por su parte, el Artículo 301 b) modifica la definición anterior, disponiendo que se entenderá por procedimiento extranjero el que se tramite en el Estado “donde el deudor tenga su domicilio, entendiendo por tal el centro de sus principales intereses”. Este cambio, le da un mayor énfasis a la relación entre el domicilio del deudor con el centro de Principales intereses de éste, pero no cambia sustancialmente la definición y es redundante, teniendo en vista que ya en el artículo 315 en su número tercero

se establece que se presumirá que el domicilio del deudor es el centro de sus principales intereses.

2.- Se agregó en la Nueva Ley de quiebras, las letras g) y h) al artículo 301, definiendo los conceptos de administradores concursales y tribunal competente, respectivamente.

3.- Artículo 305 en relación con el artículo 6 de la Ley Modelo: Se modificó el artículo, cambiando el sentido del mismo. La redacción de la Ley Modelo reza: *Nada de lo dispuesto en la presente Ley impedirá que el tribunal se niegue a adoptar una medida en ella regulada, de ser esa medida manifiestamente contraria al orden público de este Estado.* La excepción de orden público que puede esgrimir el tribunal está referida a una medida regulada en la Ley Modelo. Sin embargo, el legislador chileno, en la redacción de este artículo cambió la ley modelo por la siguiente redacción: *“Lo dispuesto en el presente capítulo no impedirá que el tribunal competente y la Superintendencia se nieguen a adoptar una medida específica dictada por un tribunal extranjero contraria al orden público de Chile”.* De esta manera, se volcó la excepción de orden público a una

medida específica dictada por un tribunal extranjero y no a una medida regulada en la Ley Modelo. Se puede presumir que la intención del legislador fue ampliar el supuesto de la norma, para incluir cualquier medida, tanto que provengan de un tribunal extranjero, tanto provenga de medidas previstas en la misma Ley Modelo. Suponemos que en esa misma dirección va la eliminación de la voz “manifiestamente”, que tiene la intención de subrayar una interpretación restrictiva de la excepción de orden público²⁵.

4.- Artículo 308 de la NLI: Agrega como requisito para el acceso del representante extranjero a los tribunales chilenos, la comparecencia por medio de un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión. La Ley Modelo no se pronuncia respecto a la necesidad de comparecer patrocinado por un abogado. La guía para la incorporación interna se limita a comentar que en este artículo se proclamar el principio de acceso directo, principio que exonera al representante extranjero de cumplir ciertos requisitos formales como determinados tramites consulares y licencias²⁶.

²⁵ *Ob. cit.* p.58, párrafo 104.

²⁶ CNUDMI. 2014. Ley de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza y Guía para la incorporación al derecho interno e interpretación. p.60, párrafo 108.

5.-Artículo 313 en relación con el artículo 14 de la Ley Modelo: Se eliminaron los numerales 1, 2 y 3 del artículo 14 de la Ley Modelo, que exigen que se notifique a los acreedores conocidos que no tengan una dirección en Chile. La NLI se remitió a establecer que las notificaciones se harán en la forma y plazos que establece la NLI.

6.- Artículo 314 en relación al 15 de la Ley Modelo: Se agrega el requisito de legalización de todos los documentos públicos emitidos en el extranjero. El legislador chileno fue conservador en esta materia al exigir la legalización, en dirección opuesta a lo que recomienda la CNUDMI. En la Ley modelo se presume que los documentos presentados en apoyo de la solicitud de reconocimiento no necesitan autenticación especial alguna, en particular, legalización²⁷.

7.- Artículo 315 N° 2 en relación con el artículo 16 N° 2: En concordancia con lo explicado en el número anterior, la presunción de autenticidad de documentos presentados en apoyo de la solicitud de reconocimiento del

²⁷ *Ob. cit.* p.71

artículo 16 N° 2, se cambia por una referencia a que la autenticidad dependerá de la legalización exigida en el artículo anterior. Deja que desear la redacción de este numeral, ya que se habla de forma genérica de los documentos, sin distinguir entre documentos públicos y privados, lo que podría llevar a una interpretación más estricta que la propia legislación nacional, que en el artículo 345 del código de procedimiento civil, exige legalización solo a los documentos públicos. De todas formas, la falta de distinción entre documentos públicos y privados se suple por la referencia que se hace al artículo anterior en que se exige la legalización del 345 del código de procedimiento civil referida a documentos públicos y además porque los documentos exigidos en el numeral 2 del artículo anterior para el reconocimiento de procedimiento extranjero, son documentos provenientes de tribunales o autoridades extranjeras²⁸, por lo que cumplirían con la definición que nuestro derecho nacional hace de los documentos públicos como aquellos autorizados con las solemnidades legales por el competente funcionario. Sin embargo, en el caso del numeral 3 del artículo 314, que

²⁸ Artículo 214 N°2) Toda solicitud de reconocimiento deberá presentarse acompañada de:

- a) Una copia autorizada de la resolución en la que se declare iniciado el procedimiento extranjero y se nombre el representante extranjero; o
- b) Un certificado expedido por el tribunal extranjero en el que se acredite la existencia del procedimiento extranjero y el nombramiento del representante extranjero; o
- c) Cualquier otro documento emitido por una autoridad del Estado extranjero en cuyo territorio se haya abierto el referido procedimiento, y que permita al tribunal competente llegar a la plena convicción de su existencia y del nombramiento del representante extranjero.

exige que se presente junto con la solicitud de reconocimiento una declaración en que se indiquen los datos de todos los procedimientos extranjero iniciados respecto del deudor de los que tenga conocimiento el representante extranjero, este puede ser perfectamente un documento confeccionado por el representante extranjero sin tener la calidad de documento público, sino de un documento simplemente privado, lo que llevaría a una interpretación del artículo 315 N°2 más estricta que la legislación nacional exigiendo legalización de un documento privado.

8.- Artículo 325 N°2 en relación al artículo 26 N°2 Ley Modelo: Aquí se mantuvo el formato de la Ley Modelo, referido a la cooperación y comunicación entre administradores concursales y representantes extranjeros, pero se incurrió en un error al repetir el mismo texto del artículo 324 que se refiere a la cooperación y comunicación entre el tribunal chileno y el extranjero. En vez de decir “*El tribunal competente*” al comienzo del N° 2, debería decir “*Los administradores concursales*”. La misma Ley Modelo en ese punto de la ley dispone literalmente como debe completarse la disposición por el legislador interno: [indíquese la denominación de la persona o del órgano encargado de administrar una

reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro], referencia clara a los administradores concursales y no a los tribunales competentes, como quedó plasmado en la ley. Además el título del artículo 325 se refiere explícitamente a la cooperación y comunicación directa entre los administradores concursales y los representantes extranjeros. Es una desprolijidad vergonzosa que pasó inadvertida en el proceso de creación de la ley. Una posible consecuencia de este error es que –en la medida que los administradores concursales estén regidos por el principio de legalidad en sus actuaciones²⁹ (cuestión a definir que queda fuera del alcance de este trabajo)- se dejaría sin mandato legal a los Liquidadores y Veedores para que se comuniquen directamente con el tribunal extranjero, quedando en la ley, una confusa e indeterminada obligación de “cooperar en la medida de lo posible con los tribunales extranjeros o los representantes extranjeros”³⁰.

9.- Artículo 329 b) en relación con el artículo 30 b) de la Ley Modelo: La letra B del Artículo 30 de la Ley Modelo dispone que en caso de haber sido reconocido un procedimiento extranjero no principal, si posterior a ello se

²⁹ El artículo 2° de la NLI, en la definición de Liquidador (N°19) y de Veedor (N°40), los sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Insolvencia y reemprendimiento.

³⁰ Artículo 325 N°1 de la NLI.

reconociera un procedimiento extranjero principal, se deberán reexaminar las medidas otorgadas al procedimiento no principal en caso ser incompatibles con el procedimiento extranjero principal. La lógica interna de esta norma es que da preferencia al procedimiento extranjero principal, si lo hubiera³¹. La prelación del procedimiento extranjero principal se refleja en el requisito de que toda medida en favor de un procedimiento extranjero no principal (esté ya otorgada o esté por otorgarse) ha de ser compatible con el procedimiento extranjero principal³². La recepción de esta norma en la Nueva Ley de Insolvencia no sigue esta lógica en absoluto. Por el contrario, inexplicablemente en la historia de la ley el Capítulo VIII fue sometido a solo una proposición de la Superintendente y como consigna el segundo informe de Comisiones Unidas: “las restantes normas de este capítulo tuvieron distintas enmiendas de tipo formal”³³. Entre estas últimas figura una desafortunada enmienda que suprime la expresión “tras el reconocimiento”³⁴ del texto original³⁵, con lo que se pierde el sentido de la

³¹ *Ob. cit.* p.113 párrafo 234.

³² CNUDMI. 2014. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza: La perspectiva judicial. p. 85-86. párrafo 216.

³³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la ley 20.720. p.903.

³⁴ *Ob. cit.* p.1134.

³⁵ Para una mejor comprensión, el texto original del artículo 30 b) Ley Modelo reza: Cuando un procedimiento extranjero principal sea reconocido tras el reconocimiento o una vez presentada la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero no principal, toda medida que estuviera en vigor con

norma, al eliminar el elemento temporal que le entrega sentido a la disposición, ya que ésta busca regular la coordinación de un procedimiento extranjero principal cuando previamente había sido reconocido un procedimiento extranjero no principal, sentido que se pierde al eliminar la palabra “tras”. También se desdibuja la preeminencia que la Ley Modelo le quiere dar a los procedimientos principales por sobre los no principales, ya que no queda clara esa intención con la redacción chilena de la norma. El resultado es que según la interpretación del sentido literal de la disposición, ésta regula dos supuestos³⁶;

a) Que se reconozca un procedimiento extranjero principal estando en vigor alguna de las medidas del artículo 318 o 320. En ese supuesto el tribunal tiene el deber de reexaminar las medidas otorgadas en caso de ser incompatibles con un procedimiento extranjero principal. Las medidas del artículo 318 y 320 pueden otorgarse a procedimientos principales y no principales, sin embargo queda claro que este artículo no es aplicable al supuesto

arreglo a los artículos 19 o 21 deberá ser reexaminada por el tribunal y modificada o dejada sin efecto caso de ser incompatible con el procedimiento extranjero principal.

³⁶ Para una mejor comprensión, el texto aprobado en el artículo 329 b) de la NLI reza: “Cuando un procedimiento extranjero principal sea reconocido o una vez presentada la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero no principal, toda medida que estuviere en vigor con arreglo a los artículos 318 o 320 deberá ser reexaminada por el tribunal competente y modificada o dejada sin efecto en caso de ser incompatible con el procedimiento extranjero principal”.

en que las medidas del 318 o 320 se hayan otorgado a un procedimiento extranjero principal o a la solicitud de su reconocimiento, ya que es imposible que existan 2 procedimientos principales. Queda entonces que en este primer supuesto, la letra b) del artículo 329 se aplica solo para reexaminar las medidas judiciales otorgadas a un procedimiento no principal, en caso que se haya reconocido previamente un procedimiento extranjero principal.

b) Que se presente una solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero no principal, estando en vigor alguna de las medidas del artículo 318 o 320. Aquí nuevamente tenemos que analizar si las medidas del artículo 318 o 320 fueron otorgados a un procedimiento principal o no principal. Si fueron otorgadas a un procedimiento extranjero no principal, estaríamos frente a la coordinación de dos procedimientos no principales, y quedaría sin sentido el final del artículo que habla de reexaminar las medidas en caso de ser incompatibles con un procedimiento principal.

Si las medidas del 318 o 320 fueron otorgadas a un procedimiento

principal, el artículo estaría expresando que se tiene que reexaminar las medidas otorgadas a un procedimiento principal si se presenta la solicitud de un procedimiento no principal, lo que anularía la preeminencia de los procedimientos principales por sobre los no principales. Es en este segundo supuesto en que queda de manifiesto el error que se cometió al eliminar las palabras “tras el reconocimiento”, ya que el segundo supuesto que analizamos, que surge de la truncada expresión “o una vez presentada la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero no principal”, queda huérfana de significado. En consecuencia, la redacción actual del Artículo 329 b) de la Nueva Ley de Insolvencia, carece de un sentido claro, por lo que en opinión de esta investigación se deberá recurrir a una interpretación extensiva de la norma, incluyendo en esta el supuesto original de la Ley Modelo³⁷, de tal modo que esta disposición tenga un sentido claro y tenga funcionalidad en la coordinación de los procedimientos extranjeros.

³⁷ Explicadas en las páginas 27 y 28.

10.- Artículo 329 c) en relación con el artículo 30 c) de la Ley Modelo: La ley Modelo regula el caso en que se haya reconocido un procedimiento extranjero no principal y posteriormente se reconozca otro procedimiento no principal distinto al primero, coordinando las medidas judiciales otorgadas a cada procedimiento, de tal modo que se facilite la existencia de ambos procedimientos. Lamentablemente, al igual que lo ocurrido en el número anterior, se reemplazó la expresión “Cuando una vez reconocido un procedimiento extranjero no principal, se otorgue reconocimiento a otro procedimiento extranjero no principal”³⁸ por “Cuando un procedimiento extranjero no principal esté reconocido o se le otorgue reconocimiento”^{39 40}. De esta forma se cambió el sentido original del texto de la Ley Modelo, para reemplazarlo por un supuesto más general, cual es que cada vez que se reconozca un procedimiento no principal, el tribunal tendrá que conceder, modificar o dejar sin efecto toda medida que proceda para facilitar la coordinación de los procedimientos. La actual redacción del artículo, al no establecer un supuesto claro como el de la Ley Modelo, pareciera regir

³⁸ El artículo 30 c) de la Ley Modelo dice: Cuando, una vez reconocido un procedimiento extranjero no principal, se otorgue reconocimiento a otro procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá conceder, modificar o dejar sin efecto toda medida que proceda para facilitar la coordinación de los procedimientos.

³⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la ley 20.720. p.1135.

⁴⁰ El artículo 329 c) dice: c) Cuando un procedimiento extranjero no principal esté reconocido o se le otorgue reconocimiento, el tribunal competente deberá conceder, modificar o dejar sin efecto toda medida que proceda para facilitar la coordinación de los procedimientos.

también en caso de existir un procedimiento principal y uno no principal, generando confusión con respecto a la letra a) del mismo artículo. Hay que aclarar el ámbito de aplicación de cada disposición: La letra a) rige para las medidas judiciales que se le otorgan a los procedimientos no principales cuando ya existía un procedimiento principal, en cambio la letra c) del artículo 329 al no identificar que procedimientos se están coordinando y simplemente hablar de “facilitar la coordinación de los procedimientos”, perdería vigencia ante la formulación más específica de la letra a), siendo solo aplicable a la coordinación entre dos procedimientos no principales, mismo supuesto establecido en la ley modelo, pero con una redacción más confusa.

11.- Supresión del artículo 31 de la Ley Modelo: En la NLI se suprime el artículo 31 de la Ley Modelo, que establece una presunción de insolvencia del deudor respecto del cual se reconozca un procedimiento extranjero principal, constituyendo ese hecho prueba válida para efectos de la apertura de un procedimiento de insolvencia en el país en que se reconoció el procedimiento extranjero principal. Esta es un efecto más que la ley le otorga al reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, que al

ser suprimido de la ley chilena, implícitamente le resta importancia a la distinción entre procedimiento extranjero principal y no principal, al quitarle un efecto al reconocimiento de un procedimiento extranjero principal.

CAPITULO II: CENTRO DE PRINCIPALES INTERESES.

En este capítulo estudiaremos el concepto de Centro de principales intereses en profundidad, para lo cual es necesario comenzar aclarando el marco en el cual se desenvuelve este concepto tanto en la Ley Modelo como en la NLI. Comenzaremos por tanto, de lo más general a lo más específico.

2.1 PROCEDIMIENTO EXTRANJERO

Toda la regulación de la insolvencia transfronteriza en la NLI, gira en torno al concepto de Procedimiento Extranjero. Como afirma Sandoval: “La piedra angular sobre la que se sustenta el ámbito de aplicación de la ley Modelo es la noción de procedimiento extranjero, porque gracias a ella se describen las situaciones a las cuales se aplican las reglas uniformes”⁴¹.

El Procedimiento Extranjero es definido en el artículo 301 como “el

⁴¹ SANDOVAL, R. 1999. Ley Modelo del a CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza. En Revista de Derecho, Universidad de Concepción. Revista N°205, año LXVII. p. 36.

procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo, incluido el de índole provisional, que se tramite en un Estado extranjero con arreglo a una ley relativa a la insolvencia y en virtud del cual los bienes y negocios del deudor queden sujetos al control o a la supervisión del tribunal o representante extranjero, a los efectos de su reorganización o liquidación”. De la definición se pueden derivar varios elementos⁴²:

1.- Procedimiento colectivo: La Ley Modelo tiene por objeto servir de instrumento para llegar a una solución coordinada y global para todas las partes interesadas en el procedimiento colectivo. 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, en su ordenamiento jurídico, de determinados derechos de los acreedores garantizados. De la revisión de jurisprudencia que ha deliberado respecto a la naturaleza colectiva de un procedimiento, se ha llegado al consenso que el carácter colectivo viene dado principalmente, por ser un

⁴² CNUDMI. 2014. Ley modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza y Guía para la incorporación al derecho interno e interpretación. p.44 a 47.

procedimiento que incluya a todos los acreedores o a la mayor parte de ellos⁴³.

2.-Con arreglo a una ley relativa a la insolvencia: Se busca que el procedimiento se base en una ley que regula la insolvencia o que por lo menos regule o aborde cuestiones relacionadas con la insolvencia.

3.- Control o supervisión de un tribunal extranjero: cumplen este requisito aun los procedimientos en que el deudor conserva cierto control sobre sus bienes.

4.- A los efectos de su reorganización o liquidación: quedarían fuera del ámbito de aplicación de la ley los procedimientos extranjeros que buscan impedir la dispersión y el desperdicio de bienes y no liquidar o reorganizar la masa de la insolvencia, así como también, meros acuerdos financieros entre un acreedor y alguno de sus deudores.

⁴³ CNUDMI. 2014. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza: La perspectiva judicial. p. 30. párrafos 75 a 78.

2.1.1 Procedimientos extranjeros principales y no principales.

Habiendo aclarado el concepto de procedimiento extranjero, corresponde, para efectos de comenzar a analizar el concepto de Centro de principales intereses, hacerse cargo en primer lugar, de la clasificación que hace la Ley Modelo – así como también en su incorporación a la NLI- entre procedimientos extranjeros principales y no principales.

Un procedimiento extranjero principal es aquel procedimiento colectivo, que se tramita en un Estado extranjero, con arreglo a una ley relativa a la insolvencia, para los efectos de su reorganización o liquidación, siendo ese Estado extranjero el lugar donde el deudor tenga su centro de principales intereses, que normalmente corresponderá al lugar de su domicilio social, según la definición del artículo 315 de la NLI. A su vez, un procedimiento extranjero no principal es aquel procedimiento colectivo, que se tramite en un Estado extranjero, con arreglo a una ley de insolvencia, para los efectos de su reorganización o liquidación, que se tramite en un Estado donde el deudor tenga un establecimiento, que se define como todo lugar de operaciones en que el deudor ejerza de forma no transitoria una

actividad económica con medios humanos y bienes o servicios, sin ser este el centro de sus principales intereses.

2.1.1.1 Origen y propósito de la distinción

Como ya hemos dicho, la normativa sobre insolvencia transfronteriza funciona en base a la existencia tanto de procedimientos principales como de procedimientos no principales. Cabe preguntarse por qué era necesario que existieran estas dos categorías. Quizás habría sido más eficiente que existiera un procedimiento principal, que tuviera la posibilidad de ser reconocido en diversas jurisdicciones para lograr la unidad en la liquidación o reorganización de la empresa insolvente. Esta cuestión fue debatida al interior del grupo de trabajo que elaboró la Ley Modelo, llegando a la conclusión de que se debía reconocer el fenómeno de una posible pluralidad de procesos de insolvencia, ya que no era apropiado para la comisión estar restringiendo la apertura válida de procedimiento de insolvencia en otros países, la ley modelo debiera maximizar la cooperación y coordinación

entre procesos celebrados en más de una jurisdicción, lo que aumentaría la aceptabilidad de la Ley Modelo⁴⁴.

Esta intención cooperadora entre procedimientos también se tuvo presente en el reglamento del Consejo europeo, que sirvió como texto base para la elaboración de la Ley Modelo. Allí se señaló que “*con objeto de proteger la diversidad de intereses, el presente reglamento permite que se incoen procedimientos secundarios paralelamente al procedimiento principal*”⁴⁵.

2.1.1.2 Importancia de la distinción

El concepto de centro de principales intereses se hace relevante para determinar si un procedimiento es reconocido como procedimiento principal o no principal. Que un procedimiento se reconozca como principal o no principal, genera una serie de diferencias que se plasman en la ley, dándole un trato más favorable y preferente al procedimiento principal.

⁴⁴ CNUDMI. Informe del grupo de trabajo V sobre el régimen de la insolvencia acerca de la labor de su 18º periodo de sesiones. Documento A7CN.9/419 de 1 de diciembre de 1995. Página 15, párrafo 72.

⁴⁵ Párrafo 12 del Reglamento del Consejo Europeo. Citado en CNUDMI. Ley de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza y Guía para la incorporación al derecho interno e interpretación. p.49, párrafo 83.

Estos privilegios se expresan en:

1.- Las medidas previas y urgentes reguladas en el artículo 318 de la NLI, que se pueden otorgar a cualquier procedimiento de reconocimiento desde la solicitud de reconocimiento, podrán ser denegadas cuando afecten al desarrollo de un procedimiento extranjero principal.

2.- El artículo 319 de la NLI entrega medidas exclusivas a los procedimientos extranjeros principales. Estas medidas tienen la característica de ser automáticas, esto es, no son discrecionales para el juez y entran en vigor automáticamente junto con el reconocimiento del procedimiento⁴⁶. La Guía de incorporación de la Ley Modelo al derecho interno es enfática en subrayar que las medidas del artículo 319 sean automáticas para dar el margen adecuado para organizar y tramitar de forma ordenada y equitativa el procedimiento de insolvencia transfronteriza. Estos efectos regirían, en términos chilenos, por el solo ministerio de la ley, desde que se notifique por el estado diario la resolución que otorgue reconocimiento al procedimiento extranjero principal.

⁴⁶ *Ob. cit.* p.89. párrafo 176.

3.- El artículo 320 N° 3 establece una limitación de las medidas otorgadas a los procedimientos no principales, en el sentido de que deben circunscribirse a los bienes e información requeridos para ese procedimiento no principal. Estas disposiciones sugieren que las medidas en favor de un procedimiento extranjero no principal no deben dar al representante extranjero unas facultades innecesariamente amplias y que las medidas no deben interferir en la administración de otros procedimientos de insolvencia, y menos aún en la del procedimiento principal⁴⁷.

4.- Artículo 322 N°2 en el mismo sentido que el número anterior.

5.- Artículo 32 b) iii en el mismo sentido que el número 4.

6.- El Artículo 329 a) exige la compatibilidad de las medidas otorgadas en el procedimiento no principal en caso de que se reconozca un procedimiento principal. Respecto a las letras b) y c), ya nos referimos en la

⁴⁷ CNUDMI. 2014. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza: La perspectiva judicial. p. 67. párrafo 174.

crítica que hicimos de esas disposiciones en las páginas 27 a 32.

2.2. EL CENTRO DE PRINCIPALES INTERESES DEL DEUDOR

Habiendo caracterizado y contextualizado correctamente tanto el procedimiento extranjero así como la distinción entre procedimientos extranjeros principales y no principales, comenzaremos con el análisis del concepto de centro de principales intereses del deudor⁴⁸.

2.2.1 Definición

El centro de principales intereses no tiene una definición en la NLI. En la Ley Modelo, se adoptó deliberadamente la decisión de no definir el centro de principales intereses. La idea fue extraída del convenio relativo a los procedimientos de insolvencia de la Unión Europea (el convenio europeo), por motivos de coherencia⁴⁹ entre ambas fuentes legales.

⁴⁸ De aquí en adelante, nos referiremos a este concepto como centro de principales intereses o CPI.

⁴⁹ CNUDMI. 2014. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza: La perspectiva judicial. P. 36. párrafo 94.

De todas formas, hay ciertos antecedentes importantes que nos permiten formarnos una idea preliminar sobre el contenido del concepto de CPI.

2.2.2 Aproximaciones al contenido del concepto de CPI

En primer lugar tenemos la presunción establecida en el artículo 315 N°3 de la NLI (artículo 16 N°3 de la Ley Modelo). Sin perjuicio del análisis correspondiente a la carga de la prueba en referencia a esta presunción, que se hará más adelante, el citado artículo establece que salvo prueba en contrario, se presumirá que el domicilio social del deudor es el centro de sus principales intereses⁵⁰. La presunción tiene por objeto facilitar el reconocimiento del procedimiento de insolvencia extranjero.

La relación que se hace con el domicilio social del deudor nos da una primera idea sobre el contenido del CPI. La pregunta que surge es qué se entiende por el domicilio social del deudor. La respuesta que se ha dado a esa pregunta es que “en el caso de las empresas y las personas jurídicas (...)

⁵⁰ La presunción también se extiende a la residencia habitual para el caso de la persona natural, elemento que no será analizado en este trabajo, por el énfasis dado a la situación de los grupos de empresas.

el centro de los principales intereses del deudor es el lugar de su domicilio social, que corresponde al lugar en que tiene registrada su oficina. Este lugar normalmente corresponde a la oficina principal del deudor”⁵¹.

En el Derecho nacional, también se admite como domicilio social de la persona jurídica el que aparece en los estatutos de la sociedad^{52 53}.

De todas maneras, el juez chileno que reciba una solicitud de reconocimiento, deberá juzgar la determinación del domicilio social en base lo señalado anteriormente respecto a la interpretación de la Ley Modelo, y a las normas internas referidas al domicilio social del país de origen de la solicitud.

En segundo lugar, podemos citar lo establecido en los párrafos introductorios del Reglamento del Consejo Europeo⁵⁴. En ellos se dice que

⁵¹ VIRGOS, M y SCHMIT, E. 1996. Report on the convention of Insolvency proceedings. Bruselas, p.52 párrafo 75. Disponible en línea en <http://aei.pitt.edu/952/>. Traducción libre del inglés. Este informe, conocido como el informe Virgos-Schmitt, se elaboró en relación al Convenio Europeo sobre Insolvencia, y aunque el Convenio no entro en vigor, se acepta como ayuda para la interpretación de la expresión “centro de principales intereses” que se utiliza en el Reglamento de la Unión Europea y la Ley Modelo.

⁵² SANDOVAL, R. 1999. Derecho comercial. Tomo I. Volumen 1. Quinta edición actualizada, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999. p. 299-300.

⁵³ Para un análisis más detallado del domicilio social de la personas jurídica, remitirse a: URRRA, F. 2010. El elemento espacial en el hecho imponible renta. Memoria para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. Páginas 48 a la 56. Disponible en <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/107117>

“el Centro principal de intereses debería corresponder al lugar donde el deudor lleva a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros”⁵⁵.

El informe Virgos-Schmit por su parte, explica la necesidad de que el lugar pueda ser conocido por terceros en base a que “la insolvencia es un riesgo previsible. Por consiguiente es importante que la jurisdicción se establezca a escala internacional en un lugar conocido por los posibles acreedores del deudor. De ese modo, podrán calcularse los riesgos jurídicos que se asumirían en caso de insolvencia”⁵⁶.

De un modo más general se ha dicho que los atributos esenciales del centro de los principales intereses del deudor se corresponden con los atributos que permitirían a quienes hagan negocios con este (especialmente

⁵⁴ El Reglamento es la normativa que los países miembros de la Unión Europea se dieron para regular las situaciones de insolvencia transfronteriza. Utiliza, aun cuando tiene consecuencias distintas, el concepto de CPI, por lo que se hace relevante para este trabajo.

⁵⁵ UNION EUROPEA. 2000. Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia. Diario oficial de la Unión Europea L 160 de 30 de Junio de 2000.

⁵⁶ VIRGOS, M y SCHMIT, E. 1996. Report on the convention of Insolvency proceedings. Bruselas. p.52 párrafo 75

a los acreedores) determinar el lugar en que es probable que se abra un procedimiento de insolvencia relativo a él⁵⁷.

Otra forma de establecer nociones básicas sobre el concepto es haciendo énfasis en las expresiones que lo configuran. El propósito de utilizar el término ‘intereses’ es abarcar no solo las actividades comerciales, industriales o profesionales, sino también las actividades económicas en general, de forma que se incluyan las actividades de las personas físicas (por ejemplo, los consumidores). El término ‘principales’ establece el criterio que ha de utilizarse para dirimir los casos en que los intereses representen actividades diversas gestionadas desde distintos centros⁵⁸. Esta explicación de la palabra “principales” en el CPI, es relevante para los grupos de empresas o *holdings*, que normalmente diversifican sus negocios, invirtiendo en distintos rubros, por lo que será necesario hacer un análisis sobre cuál es el negocio principal del grupo de empresa, y cuales son secundarios, basado en criterios como el monto de inversión, cuan expandido está ese rubro en los países en los que el grupo de empresas tiene

⁵⁷ CNUDMI. Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza. p.77, párrafo 144.

⁵⁸ M. Virgós, E. Schmit, Report on the convention of Insolvency proceedings. Bruselas, 1996. p.52 párrafo 75.

presencia, el plan de negocios a largo plazo del *holding* y otros.

En resumen, podríamos delinear el concepto de CPI como aquel que corresponde al lugar en que el deudor tiene registrada su oficina, que corresponde normalmente a la oficina principal del deudor y que ese lugar debe ser fácilmente reconocible por terceros, específicamente los acreedores del deudor.

La definición básica que acabamos de dar, debiera ser suficiente para que, en la mayoría de los casos, el juez que recibe una solicitud de reconocimiento pueda aplicar la presunción del artículo 16 N°3 de la Ley Modelo (315 N°3 de la NLI) y determinar el CPI del deudor, resolviendo que se reconozca ese procedimiento como principal en el país de su jurisdicción. Sin embargo, en algunos casos de mayor complejidad, el Centro de principales intereses se vuelve de difícil determinación para el juez, siendo insuficiente la aplicación de la presunción, por lo que tendrán que utilizarse otros elementos de análisis que permitan aclarar dónde el deudor tiene su CPI.

Los elementos que se han citado como complementarios a la presunción y a los dos requisitos básicos de que i) el CPI sea el lugar donde se lleva a cabo la administración central del deudor y que ii) este sea reconocible por terceros, son los siguientes, sin tener el orden alguna influencia en su importancia:

- i) El lugar en que se encuentran los archivos y los libros de contabilidad del deudor;
- ii) El lugar en el que se organizaba o autorizaba la financiación o se administraba el sistema de gestión del efectivo;
- iii) El lugar en que se hallan los bienes u operaciones principales del deudor;
- iv) El lugar en que se encuentra el banco principal del deudor;
- v) El lugar en el que estaban sus empleados;
- vi) El lugar en el que se determinaba la política comercial;
- vii) La jurisdicción de la legislación de control o de la legislación por la que se regían los principales contratos de la empresa;
- viii) El lugar desde el que se gestionaba la política de compras y ventas, el personal, las cuentas por pagar y los sistemas informáticos;
- ix) El lugar en el que se organizaban los contratos (de suministro);

- x) El lugar desde el que se dirige la reorganización de la empresa del deudor;
- xi) La jurisdicción cuya legislación se aplicaba a la mayoría de los litigios;
- xii) El lugar en que el deudor era objeto de supervisión o reglamentación, y el lugar por cuya legislación se regía la preparación y auditoría de las cuentas y en el que éstas se preparaban y auditaban⁵⁹.

Habiendo clarificado los elementos primarios del concepto de CPI, nos centraremos ahora en todos los elementos que deberá tener en vista el juez para determinar el CPI de un procedimiento de reconocimiento. Es importante hacer este ejercicio para dar una directriz al juez chileno que tarde o temprano se enfrentará a un procedimiento de reconocimiento y deberá dictaminar junto con el reconocimiento, la naturaleza de principal o no principal del procedimiento que se le somete a su decisión.

⁵⁹ CNUDMI. 2014. Ley modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza y Guía para la incorporación al derecho interno e interpretación. p.77, párrafo 147.

2.2.3 Determinación del CPI por el juez.

Como hemos explicado anteriormente, el procedimiento de reconocimiento es la base sobre la que se articula gran parte de la normativa sobre insolvencia transfronteriza. El procedimiento de reconocimiento se inicia por medio de una solicitud de reconocimiento en la que el representante extranjero deberá presentar una serie de resoluciones o certificados judiciales que permitan llegar al tribunal a la plena convicción de la existencia del procedimiento extranjero y del nombramiento del representante extranjero⁶⁰. Dentro de estos documentos, se incluye el requisito de presentar una declaración en la que se indiquen los datos de todos los procedimientos extranjeros iniciados respecto del deudor de los que tenga conocimiento el representante extranjero⁶¹. Este requisito nos parece que es el primer elemento relevante que deberá tener en vista el juez para la correcta determinación del CPI, ya que le permitirá conocer la existencia de otros procedimientos que podrían eventualmente disputarle el lugar de procedimiento extranjero principal al procedimiento que en ese momento está decidiendo el juez. En el mismo sentido, el artículo 317 letra

⁶⁰ Artículo 314 N° 2 NLI.

⁶¹ Artículo 314 N° 3 NLI.

B de la NLI, establece el deber de información continua respecto a todo otro procedimiento extranjero que se siga respecto del mismo deudor.

Posterior a la presentación por parte del representante extranjero, el tribunal se pronunciará respecto al reconocimiento del procedimiento, si cumple con los requisitos establecidos en el artículo 316 N°1. El juez en esa resolución deberá calificar si el procedimiento extranjero es principal o no principal.

2.2.4 Carga de la prueba.

Como ya adelantamos más arriba, la NLI presume que el domicilio social del deudor es el Centro de Principales Intereses del deudor. Por domicilio social entendemos el lugar donde la empresa tiene registrada su oficina en sus estatutos legales.

Esta presunción, fue establecida para una mayor rapidez y conveniencia de la prueba cuando no hay oposición grave a ello, por lo que en la mayoría de los casos, bastará al representante extranjero presentar la

documentación básica que acredite que la empresa que entró en un proceso de insolvencia tiene registrado en sus estatutos como domicilio el lugar de apertura del proceso de insolvencia, para que el juez pueda declarar ese procedimiento como principal.

La presunción altera la carga de la prueba y por ende, en caso de haber una diferencia entre el domicilio social del deudor y el centro de principales intereses, la parte que alegue que el centro de principales intereses no es el lugar de su domicilio social deberá probar al tribunal dónde se encuentra realmente⁶². Los más probables interesados en alterar el lugar del CPI serán los acreedores de la empresa que se encuentren en un lugar que ellos habrían esperado que sea el lugar donde se abriera la insolvencia, a quienes les convendrá que se cambie el lugar del CPI para gozar de las medidas preferentes que recibe un procedimiento extranjero principal.

⁶² CNUDMI. Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza y Guía para la incorporación al derecho interno e interpretación. p.76, párrafo 143.

El incidente en el que se dispute la posición de centro de principales intereses, podrá ser promovido en cualquier momento desde la presentación de la solicitud de reconocimiento, ya que el artículo 316 N°4 establece en el contexto de la resolución de reconocimiento del procedimiento extranjero, que se podrá modificar o revocar el reconocimiento en caso de demostrarse la ausencia parcial o total de los motivos por los que se otorgó, o que esos motivos han dejado de existir.

2.2.5 Momento de determinación del CPI

La determinación del CPI responde no solo a un criterio espacial, referido al lugar en que el deudor ejerce la administración de sus negocios, sino también a un criterio temporal, entendiendo que el centro de principales intereses puede cambiar a lo largo del tiempo. Por lo que se hará necesario que el juez en su determinación del CPI, tenga claro cuál es el momento correcto para la determinación del CPI.

Son dos los momentos que podrían tomarse como parámetro para que el juez determine el CPI: el momento de apertura del proceso de liquidación

que se quiere reconocer en Chile y el momento en que se presenta la solicitud de reconocimiento en el tribunal competente chileno. De la lectura del artículo 316 N°2 letra a)⁶³, referente al reconocimiento de un procedimiento extranjero como principal, el uso del tiempo presente en dicho artículo podría sugerir que el momento adecuado para la determinación del CPI sería el de la presentación de la solicitud de reconocimiento. La interpretación que acabamos de citar incluso cuenta con reconocimiento jurisprudencial en el caso *Betcorp Ltd*⁶⁴. De todas formas la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo es enfática en afirmar que el uso del tiempo presente en el artículo 17 no resuelve la cuestión de la fecha pertinente, sino que 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 no está ya en curso ni pendiente en el Estado en el que se procedió a su apertura

⁶³ El citado artículo reza: 2) Se reconocerá el procedimiento extranjero: a) Como procedimiento extranjero principal, si se está tramitando en el estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses.

⁶⁴CNUDMI. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza: La perspectiva judicial. p. 49. párrafo 130, p 95.

(...) no habrá un procedimiento que reúna las condiciones para ser reconocido en virtud de la Ley Modelo⁶⁵.

Considerando la naturaleza misma de los procedimientos de insolvencia, se debe concluir que el momento preciso para determinar el CPI, debe ser el de inicio del procedimiento de liquidación⁶⁶, ya que “si se considera el centro de los principales intereses como el equivalente del lugar principal de los negocios del deudor (...) 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 negocios”⁶⁷. Lo mismo se puede decir de los procedimientos de reorganización, en que el que tiene un CPI es la entidad reorganizadora y no la entidad deudora.

⁶⁵ CNUDMI. 2014. Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza y Guía para la incorporación al derecho interno e interpretación. p.81, párrafo 158.

⁶⁶ CNUDMI. 2014. Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza y Guía para la incorporación al derecho interno e interpretación. p.81, párrafo 159.

⁶⁷ CNUDMI. 2014. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza: La perspectiva judicial. p. 50. párrafo 131.

2.2.6 Traslado del Centro de Principales Intereses.

El traslado del centro de principales intereses es otra realidad que el juez podría enfrentar al determinar el CPI. En el contexto de los grupos de empresas, es común que por razones logísticas, tributarias o comerciales, estas decidan cambiar el lugar desde el cual organiza y dirigen la administración del grupo. Si el cambio de CPI se realizó en un tiempo lejano al inicio de un procedimiento de insolvencia, no habrá problemas en la determinación del CPI. El problema se plantea cuando el cambio de CPI se produce en un tiempo cercano al inicio del procedimiento de liquidación. Esta situación es problemática por varias razones. En primer lugar, porque podría estar escondiendo un fraude a los acreedores de la empresa, quienes verán burlado o dificultado el cobro de sus acreencias con el cambio de CPI. El juez tendrá que tener presente, en primer lugar la fecha en que se produjo el cambio de lugar, así como también el lapso de tiempo que transcurrió entre ese cambio de lugar de CPI y el inicio del procedimiento de insolvencia. Y más importante que eso, el juez deberá estimar si el cambio de CPI ocurrió en una fecha en la que los problemas financieros de la empresa, hacían conveniente un cambio de CPI. Con esos antecedentes se

podría configurar un abuso del derecho por parte del representante extranjero. Aun cuando la Ley Modelo no incluye normas sobre abuso del derecho, “si el solicitante declara con falsedad que el centro de los principales intereses se encuentra en un determinado Estado, el tribunal ante el que se recurra podrá determinar que se ha incurrido en abuso deliberado del proceso. La Ley Modelo no impide que dicho tribunal aplique las leyes o las normas procesales internas para hacer frente a esa clase de abuso”⁶⁸.

Un segundo problema que se avizora en relación a la dificultad que plantea el cambio de CPI en relación a los elementos para determinarlo. Por un lado, si el cambio fue efectivo y se trasladó la administración y dirección de los negocios a otro lugar, ese debiera ser el nuevo CPI. Por otro lado, pugna con ese requisito la necesidad de que el lugar del CPI sea un lugar reconocible y verificable por terceros, en especial los acreedores del deudor. Si el cambio ocurrió en una fecha muy próxima a la apertura del procedimiento de insolvencia, este último requisito podría no cumplirse, ya que sería el lugar anterior en que se encontraba el CPI, el que cumpliera con el requisito de ser verificable por terceros y no el nuevo lugar del CPI. En

⁶⁸ CNUDMI. 2014. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza y Guía para la incorporación al derecho interno e interpretación. p.83, párrafo 162.

consecuencia, el juez tendría que sopesar qué elemento de determinación es más fuerte -el nuevo lugar de administración o el lugar que los terceros reconocen como el de los principales intereses- en el caso concreto.

CAPITULO III: ANALISIS DE JURISPRUDENCIA.

A continuación se analizarán 4 casos de jurisprudencia internacional que han tratado el concepto de Centro de principales intereses, en particular, en referencia a problemas para su determinación. El análisis se centrará en ese último punto, intentado descubrir la visión que el juez tuvo en relación a la determinación del centro de principales intereses. Se intentó que la elección de los cuatro casos que se analizaran, tuviera la mayor diversidad posible en relación a los tribunales que los juzgaron, las tradiciones jurídicas de las que provienen y la problemática que se trató en cada uno de ellos.

3.1 Eurofood IFSC Ltd (Re)⁶⁹

No es casualidad que comencemos el análisis de jurisprudencia con este caso. Este caso reviste una importancia fundamental en el desarrollo jurisprudencial tanto de la presunción a favor del domicilio social del

⁶⁹ Sentencia disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=116681&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=46358> . Última revisión: 8 de Junio de 2015.

deudor como centro de principales intereses, así como del concepto mismo del centro de principales intereses.

3.1.1 Antecedentes de Hecho.

La gigante italiana Parmalat Spa registró el año 1997 la sociedad Eurofoods en Irlanda, con domicilio en la ciudad de Dublín, específicamente en el Centro internacional de servicios financieros (cuyas siglas en inglés son IFSC, de ahí el nombre de Eurofood IFSC), centro de negocios que ofrecía beneficios tributarios a las empresas que allí se instalaban. Parmalat era la dueña exclusiva de Eurofoods. Es importante destacar que Eurofoods no tenía empleados propios en Irlanda. Eurofoods se regía por la contabilidad irlandesa y sus libros contables estaban en Irlanda. Otro hecho relevante era que Eurofoods sólo había participado en 3 transacciones financieras en su historia. Las 3 estaban referidas a préstamos que esa sociedad había obtenido para financiar la actividad comercial de Parmalat en Venezuela, Brasil e Irlanda⁷⁰.

⁷⁰ BUFFORD, S. 2007. Center of Main Interests, International Insolvency Case Venue, and Equality of Arms: The Eurofood Decision of the European Court of Justice. *Northwestern Journal of International Law & Business* 27(2). p.364, 365. Traducción libre del inglés.

El 24 de Diciembre de 2003, se inició un procedimiento de administración extraordinaria en relación a Parmalat Spa, nombrándose un administrador extraordinario.

El 27 de enero de 2004, a petición del Bank of América, se solicitó ante los tribunales irlandeses la apertura de un procedimiento de liquidación forzosa en contra de Eurofoods.

El 10 de febrero de 2004 se presentó ante los tribunales civiles de Parma, una solicitud de declaración de insolvencia de Eurofoods. El 20 de febrero el tribunal italiano consideró que el centro de principales intereses se encontraba en Italia, declarándose internacionalmente competente⁷¹ para constatar la situación de insolvencia de dicha sociedad.

Por su parte, el 23 de marzo de 2004, el tribunal irlandés resolvió la solicitud de insolvencia, declarando la insolvencia de Eurofoods y que el procedimiento se había abierto en la fecha de la solicitud presentada por el

⁷¹ A diferencia de la Ley Modelo, el reglamento europeo establece que el tribunal que inicie el procedimiento de insolvencia respecto de una sociedad, será competente para conocer de todos los procedimientos de insolvencia que se incoen en otras jurisdicciones de los países miembros. De ahí la importancia que tenía la decisión en este caso, por cuanto que determinaba con efectos universales el tribunal competente y la ley aplicable de todos los procesos de insolvencia de Eurofoods.

Bank of América, el 27 de enero. También consideró que el centro de principales intereses se encontraba en Irlanda, declarando que ese procedimiento tenía el carácter de principal. Ante esta situación, el administrador extraordinario de la insolvencia de Eurofoods en Italia presentó un recurso de apelación ante la Corte Suprema Irlandesa, que antes de pronunciarse sobre el litigio que le había sido sometido, considero necesario suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia Europeo una serie de cuestiones prejudiciales

Se plantearon cinco cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia Europeo, siendo de nuestro interés la numero cuatro, que se cita a continuación:

“4) Cuando: a) los domicilios sociales de una sociedad matriz y de una filial suya se encuentran en dos Estados miembros diferentes,

b) La filial lleva a cabo la administración de sus intereses de manera habitual, de modo que pueda ser comprobado por terceros y con plena y permanente observancia de su propia identidad social en el Estado miembro en el que se encuentra su domicilio social, y

c) La sociedad matriz, como consecuencia de su participación en el capital social de la filial y de su facultad para nombrar a los administradores de ésta, se encuentra en una posición de control y controla, de hecho, la política de la filial, ¿Son factores determinantes, al objeto de determinar el “centro de intereses principales”, los indicados en el apartado b) supra o, por el contrario, los indicados en el apartado c) supra?”⁷² .

3.1.2 Decisión del tribunal

El tribunal comenzó identificando la inquietud del tribunal irlandés, al aclarar que lo que se busca es determinar cuál es el criterio decisivo para identificar el centro de intereses principales de una filial, cuando su domicilio social se encuentra en un Estado miembro diferente de aquel en el que tiene su domicilio social la sociedad matriz. Más específicamente, en el considerando 27 el tribunal se plantea resolver la cuestión de cómo debe ponderarse por una parte, el hecho de que la filial lleve a cabo la administración de sus intereses de manera habitual, de modo que pueda ser comprobado por terceros y con plena y permanente observancia de su

⁷² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 2006. Caso Eurofoods IFSC Ltd (C-341-04). Sentencia de 2 de Mayo de 2006. I- 3865.

propia identidad social en el Estado miembro en el que se encuentra su domicilio social y, por otra parte, el hecho de que la sociedad matriz, como consecuencia de su participación en el capital social de la filial y de su facultad para nombrar a los administradores de ésta, pueda controlar la política de la filial.

El tribunal decidió la cuestión acudiendo a los considerandos del Reglamento Europeo, para aclarar que el centro principal de intereses debería corresponder al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros.

De aquí el tribunal desprende que el centro de intereses principales debe identificarse con arreglo a criterios objetivos que, al mismo tiempo, puedan ser comprobados por terceros. Esta objetividad y esta posibilidad de comprobación por parte de terceros son necesarias para “garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad en relación con la determinación del

órgano jurisdiccional competente para abrir un procedimiento principal de insolvencia”⁷³.

Posteriormente el tribunal se centró en la presunción a favor del domicilio social, para erigir la vara que esta impone. El tribunal se inclina por imponer un alto estándar necesario para destruir la presunción, estableciendo que “tal presunción solo puede desvirtuarse si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social”⁷⁴.

Señalado ese punto, el tribunal juzgó la situación concreta que se le consulta, razonando que “cuando una sociedad ejerce su actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social, el mero hecho de que sus decisiones económicas sean o puedan ser controladas por una sociedad matriz cuyo domicilio social se encuentre en otro Estado

⁷³ Considerando 32 y 33 de la sentencia citada supra.

⁷⁴ Considerando 34 de la sentencia.

miembro no basta para desvirtuar la presunción prevista en el Reglamento”⁷⁵.

3.1.3 Conclusiones.

El caso Eurofoods es relevante para extraer conclusiones en tres áreas de interés para este trabajo: La relación matriz-filial en los grupos de empresa, la carga probatoria que se debe satisfacer para quebrar la presunción a favor del domicilio social del deudor y los elementos que el tribunal tuvo a la vista para considerar a Irlanda como el centro de principales intereses del deudor.

Se debe hacer la advertencia que las conclusiones que se puedan extraer de la sentencia, suponen que ésta se encuentre debidamente contextualizada en los hechos que rodearon al caso y a los fallos anteriores de los tribunales italianos e irlandeses. Es por eso que hay que tener en vista la decisión del tribunal italiano en la que se atribuyó jurisdicción para abrir la insolvencia en Italia. En esa sentencia, el tribunal Italiano consideró que

⁷⁵ Considerando 37 de la sentencia.

la real administración de Eurofoods se encontraba en Parma. En adición a esto se juzgó que el propósito económico de Eurofoods estaba completamente ligado al grupo Parmalat con base en Parma. Por último, y en relación a la objetividad que exigió la Corte Europea, el tribunal italiano estimó que a los acreedores de Eurofoods no les debería sorprender que una corte italiana tomara jurisdicción sobre el procedimiento de insolvencia, ya que Eurofoods era esencialmente un “caja vacía”, siendo su único activo la garantía corporativa de su pariente italiano Parmalat SpA, cuyo “procedimiento madre” estaba localizado en Italia. El tribunal consideró a Eurofoods como un conducto para la política financiera de Parmalat SpA, con el exclusivo propósito de facilitar flujos de dinero al grupo en vistas a las ventajas tributarias que gozaba en Irlanda⁷⁶.

Por el contrario, el tribunal irlandés se atribuyó jurisdicción basándose en la presunción del domicilio social y en el hecho de que la evidencia demostraba que los acreedores sí estaban lidiando con una empresa administrada desde Irlanda⁷⁷.

⁷⁶ BUFFORD, S. 2007 Center of Main Interests, International Insolvency Case Venue, and Equality of Arms: The Eurofood Decision of the European Court of Justice. *Northwestern Journal of International Law & Business* 27(2). p.368. Traducción libre del inglés.

⁷⁷ *Ob. cit.* p. 371

Esta misma línea de razonamiento fue recibida por la Corte Suprema de Irlanda y por el Tribunal Europeo de Justicia. Aquí podemos encontrar una primera conclusión: la decisión tomada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a juicio de esta investigación fue influida por la petición que le hizo la Corte Suprema de resolver cuestiones prejudiciales. Quizás otro habría sido el resultado en el caso, si en vez de ser el tribunal Irlandés el que solicitara la intervención del Tribunal Europeo, hubiera sido el tribunal Italiano quien lo hubiera hecho. Esto porque los tribunales Irlandeses e italianos varían radicalmente en las formas de abordar la determinación del Centro de principales intereses. El tribunal Irlandés tomó un camino más conceptual, centrado en el texto de la ley, formal, alejándose a ratos de lo fáctico, para centrarse en la presunción a favor del domicilio social y de la verificación por parte de terceros del domicilio del deudor, mientras que el tribunal italiano hizo un análisis algo más alejado de esos conceptos, pero con un énfasis eminentemente práctico referido a la real administración y al control efectivo de la sociedad filial por parte de la matriz.

Lo anterior queda claro a partir de la reacción que tuvo la Corte Suprema irlandesa al rechazar los argumentos de la defensa italiana⁷⁸, ya que en su considerando 23 de la sentencia declara: “A esta corte le parece profundamente contrario a la necesidad de respeto por la individualidad corporativa y al respeto de las leyes (incluyendo la normativa de la Comunidad) societarias que la existencia individual de esas compañías sea ignorada. En particular, en el presente caso existe abrumadora evidencia que el acreedor principal, en realidad el único, confió en el consejo legal y financiero de que la compañía estaba situada en Irlanda en el IFSC⁷⁹, sujeta a todos los controles y regulaciones de ese país. Tendría serias implicancias para el futuro de las estructuras societarias internacionales si se aceptara que la prueba para la determinación del Centro de principales intereses fuera un control financiero respecto a una compañía relacionada y no un control legal y corporativo de su existencia”⁸⁰. La Corte Europea de Justicia

⁷⁸ (1) Eurofoods era de propiedad absoluta de Parmalat. (2) Su único propósito era proveer financiamiento a las compañías del grupo Parmalat. (3) La política de la empresa era decidida en las oficinas centrales ubicadas en Italia por ejecutivos italianos, Eurofoods no ejercitaba su poder de decisión. (4) Eurofoods no tenía empleados en Irlanda. (5) El pasivo de Eurofoods era garantizado frente a los acreedores por Parmalat. La sentencia de la Corte Suprema Irlandesa, está disponible en: <http://www.supremecourt.ie/Judgments.nsf/60f9f366f10958d1802572ba003d3f45/67ffcc7957a48e2380256edf0056443c?OpenDocument&Highlight=0,eurofood>.

⁷⁹ Sigla explicada en la página 61.

⁸⁰ SUPREME COURT OF IRELAND, *In re Eurofoods IFSC Ltd*, [2004] IESC 45. Considerando 23.

siguió una línea similar al hacer un análisis formal de la presunción a favor del domicilio social y de la verificabilidad de terceros.

En el mismo orden de ideas, es posible concluir que la decisión del tribunal, le da una interpretación amplia a la presunción a favor del domicilio del deudor, ya que los datos aportados por el liquidador Italiano en orden a demostrar que la administración y el control de la entidad Irlandesa estaba en manos de la matriz italiana, eran suficientes como para por lo menos considerar la cuestión más detenidamente. No obstante aquello, la Corte Europea se limitó a establecer que si el domicilio social de la sociedad va acompañado con algún tipo de actividad en el país del domicilio social, no se podrá desvirtuar la presunción y se declarará que ese es el centro de principales intereses, aun cuando las decisiones económicas puedan ser tomadas por una sociedad matriz que se encuentra en otro Estado. En el mismo sentido va el razonamiento de la Corte respecto a exigir criterios objetivos que puedan ser comprobables por terceros respecto a la determinación del Centro de principales intereses. Así, el tribunal está dando como parámetro de determinación del centro de principales intereses uno en el que a partir de una observación externa –como sería la de un

acreedor- de la situación de la sociedad insolvente, se pueda concluir a partir de elementos objetivos que su domicilio social es el centro de sus principales intereses. El criterio del Tribunal Europeo prescinde completamente de lo que pasa al interior de la empresa, ya que si lo hubiera hecho, habría considerado las pruebas aportadas por el liquidador Italiano. Este criterio del tribunal, externo, objetivo y comprobable por acreedores, apela a alcanzar un criterio de uniformidad y objetividad que garantice seguridad jurídica y previsibilidad en relación al órgano jurisdiccional competente para abrir un procedimiento de insolvencia. Se subraya esto porque en el contexto de la Unión Europea, esa decisión implica la determinación de la ley aplicable a todos los procedimientos abiertos en los Estados miembros de la Comunidad⁸¹. Esta prevención del Tribunal Europeo, podría no ser considerado en un caso que se diera en Chile, ya que la uniformidad y previsibilidad en la determinación del CPI que propugna el Tribunal, se basa en que el Reglamento Europeo sobre insolvencia transfronteriza se aplica a todos los países miembros, quienes tiene distintas visiones y tradiciones jurídicas (como quedó de manifiesto entre las cortes Italianas e Irlandesas), por lo cual es obligatorio para el Tribunal establecer

⁸¹ Considerando 33 de la sentencia supra.

criterios que permitan la integración e uniformidad entre los miembros de la Unión, cuestión que no aplica en el caso de Chile, en el que la necesidad de previsibilidad y seguridad en la determinación del CPI, no serían una obligación, sino solo una virtud, que estaría en consonancia con la seguridad y protección jurídica que en nuestro sistema jurídico se le ha dado al inversionista extranjero.

Finalmente, respecto a los grupos de empresa, se puede concluir que la relación matriz-filial y el grado de dependencia que aquello puede implicar, no es necesariamente relevante para determinar el CPI, en vista de la decisión del tribunal y de sus fundamentos.

3.2 Stanford International Bank Ltd.

Se eligió este caso para ser analizado por dos razones: en primer lugar, porque el juez tiene en cuenta el caso Eurofoods para tomar su decisión, lo que nos permite hacer el contraste entre esa decisión y ésta. En segundo lugar, porque aun cuando es un juez europeo (inglés) el que adjudica el caso, la ley de fondo aplicable esta vez es la Ley modelo sobre

insolvencia transfronteriza, que fue adoptada por Gran Bretaña el año 2006 y no el Reglamento Europeo. De todos modos, es importante el hecho de que el juez en su decisión, aun cuando aplica la Ley Modelo, hace referencia a la necesidad que los jueces ingleses mantengan el criterio de decisión en todos los casos, ya sea en aplicación de la Ley Modelo o del Reglamento Europeo (Inglaterra junto con Polonia son los únicos países que le dieron vigencia a ambos cuerpos legales).

3.2.1 Antecedentes de hecho.

*Stanford International Bank*⁸², es una empresa constituida desde el año 1990 en Antigua y Barbuda. En Febrero del año 2009, la “*Securities Exchange Comisión*” (SEC) inició un procedimiento judicial ante un tribunal ubicado en el Estado de Texas en contra del dueño de SBI, don Allen Stanford y otros ejecutivos por acciones fraudulentas en contra de los inversionistas. La SEC consiguió que se nombrara un “*Receiver*”, persona investida por el tribunal, para proteger los activos de la sociedad mientras se tramitaba el juicio. Ese mismo mes, la autoridad regulatoria de Antigua y

⁸² De aquí en adelante “SBI”.

Barbuda también presentó cargos en contra de SIB, solicitando se nombraran reorganizadores para la firma. El tribunal de Antigua y Barbuda concedió la petición.

En Marzo de 2009, los reorganizadores reportaron que la sociedad era insolvente y que debía ser puesta en liquidación. Efectivamente se inició un procedimiento de liquidación en contra de SIB en Antigua y Barbuda. Por su parte, ese mismo mes, la SEC recurrió ante los tribunales Ingleses, obteniendo una orden de congelamiento de todos los activos de SIB en Inglaterra.

En Abril de 2009 los liquidadores de Antigua y Barbuda presentaron una solicitud de reconocimiento bajo el artículo 15 de la Ley Modelo CNUDMI, pidiendo que se reconozca el procedimiento seguido en Antigua y Barbuda como procedimiento principal. El “*receiver*” Estadounidense también presentó solicitud de reconocimiento, en los mismos términos para el procedimiento norteamericano.

En primera instancia se concedió la solicitud de los liquidadores de Antigua y Barbuda y se rechazó la solicitud estadounidense, dejándose sin efecto la orden de congelamiento que se había obtenido previamente por parte del Receiver.

Se planteó una apelación, pidiendo se revirtiera el reconocimiento del procedimiento de insolvencia en Antigua y Barbuda. A partir de esta apelación, el tribunal decidió respecto a la determinación del CPI.

3.2.2 Decisión del tribunal

El tribunal comienza resumiendo el razonamiento del tribunal de primera instancia. En ese procedimiento, se siguió firmemente el razonamiento jurídico seguido en Eurofoods. En primera instancia se dijo:

- i) El CPI relevante es el CPI de SIB.
- ii) La oficina está registrada en Antigua, se presume que en ausencia de prueba en contrario, el CPI está en Antigua.
- iii) La carga de refutar la presunción la tiene el *Receiver* (parte

estadounidense).

iv) La presunción solo va a ser rebatida por factores objetivos.

v) Pero los factores objetivos no valdrán a menos que sean verificables

por terceras partes.

vi) Aquello que es verificable por terceras partes es aquello de dominio

público, la información que se obtendría en el curso normal de los negocios con la compañía.⁸³

El tribunal de primera instancia analizó los elementos de hecho y concluyó que no lograban refutar la presunción.

El juez de segunda instancia antes de analizar la cuestión deja en claro que la decisión de reconocer el procedimiento iniciado en Antigua no se modificará ya que el procedimiento de EE.UU no calificaba como procedimiento de insolvencia, quedando el de Antigua como el

⁸³ ENGLAND AND WALES COURT OF APPEAL. *Stanford International Bank Ltd* [2010] EWCA Civ 137. Considerando 33. Disponible en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2010/137.html> Última revisión: 10 de Junio 2015.

procedimiento reconocido, pero se analizará el caso a fin de determinar si le son aplicables al procedimiento de Antigua las medidas del artículo 20 de la Ley Modelo.

La principal conclusión a la que llega el juez es que el tribunal en primera instancia actuó correctamente al aplicar el razonamiento utilizado en Eurofoods. Para esto, analiza largamente el origen legal común de la Ley Modelo y de la Regulación Europea, concluyendo que este origen legal común permite que se aplique el mismo criterio para determinar el CPI en la regulación Europea a los casos regidos por la Ley Modelo.

3.2.3 Conclusiones y crítica

Existen argumentos que hacen criticable una equiparación absoluta entre la legislación europea y la Ley Modelo. Algunos de estos son expuesto por el autor *Look Chan Ho*, quien critica que la verificabilidad que la legislación Europea le impone a la ubicación del CPI, no es de tal magnitud en la Ley Modelo, ya que los inversionistas no están tan preocupados por la asistencia que puede recibir en un país extraño el

procedimiento de insolvencia que se abra en contra de su deudor (ámbito de aplicación de la Ley Modelo), como si lo están de conocer *ex ante*, la jurisdicción en la que se abrirá el procedimiento de insolvencia de sus deudores como es en el caso de la legislación Europea⁸⁴. En el mismo sentido, el citado autor critica que en el ámbito de la Ley Modelo, la misma asistencia es entregada a cualquier procedimiento extranjero, independiente del lugar del que provenga, como en este caso, en que se buscaba resguardar bienes de la empresa en Reino Unido, era indiferente si el CPI estaba en Antigua o en EE.UU, ya que la misma asistencia se habría otorgado en Reino Unido.

Se puede concluir, de los argumentos del citado autor y de la lectura de la sentencia, que la presunción del artículo 16 no puede significar para el juez vendarse los ojos a conocer evidencia que contradiga el lugar en que se registró la oficina y que sea verificable por las partes. La función y las medidas privilegiadas que tiene un procedimiento principal en la Ley Modelo, que no se dan en el caso de la regulación Europea, hacen necesario

⁸⁴ CHAN HO, L. 2009. Cross-border fraud and cross-border insolvency: proving COMI and seeking recognition under the UK Model Law. En *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 537-547. Octubre 2009. p. 539.

que se determine el lugar del CPI real y no simplemente aplicar la presunción. Una aplicación rígida de la presunción, podría incluso hacer que el tribunal se convierta en cómplice de los deudores en el caso que estos montaran un fraude en perjuicio de sus acreedores. Si el juez solo se queda en el análisis del lugar en que se registró la oficina y los criterios objetivos verificable por terceros, podría estar aprobando como procedimiento principal, con los consecuentes beneficios, a un lugar en el que los acreedores no encontrarán los bienes suficientes para pagar sus acreencias⁸⁵.

3.3 QBEX *Electronics Corporation INC.*

El siguiente caso, ha sido materia de análisis por provenir de un país que tiene una tradición jurídica afín a la chilena, así como también por aplicar las recomendaciones de la CNUDMI respecto a grupos de empresas, sirviendo para el estudio que haremos del CPI en relación a los grupos de empresas en el capítulo siguiente de este trabajo.

⁸⁵ *Ob. cit.* p. 540.

3.3.1 Antecedentes de hecho

La sociedad QBEX Electronics Corporation INC (En adelante QBEX), constituida bajo las leyes del Estado de Florida, entró en liquidación en los Estado Unidos de América bajo el capítulo 11 de la ley de bancarrotas de ese país, decretado por la Corte de Bancarrota de los Estados Unidos, distrito sur de la Florida, División de Miami. QBEX tiene incidencia en las sociedades QBEX de Colombia S.A con domicilio en Cota Cundimarca y Comercializadora de productos tecnológicos Colombia S.A, con domicilio en Medellín. En Diciembre de 2012 se solicitó ante la Superintendencia de Sociedades de Colombia se reconociera en ese país el proceso de insolvencia de esa sociedad.

3.3.2 Decisión del tribunal

La Superintendencia, luego de analizar distintos aspectos de la regulación Colombiana en materia de insolvencia transfronteriza, aclaró que las disposiciones contenidas en la ley 1116 de 2006, que adopta la Ley Modelo de insolvencia transfronteriza de la CNUDMI, se centra en un solo

deudor con bienes en distintos Estados, con escasa aplicación a los grupos de empresas con múltiples deudores en varios Estados⁸⁶.

Continúa explicando que en la insolvencia transfronteriza de grupos de empresas, el juez o el tribunal de un Estado no se ocupa del mismo deudor que el juez o el tribunal del otro Estado, a menos que tengan un deudor común con bienes en ambos Estados, caso que sí entra en el ámbito de aplicación del Régimen de Insolvencia Transfronteriza.

La sentencia subraya que “el vínculo entre los procesos de insolvencia paralelos en el caso de los grupos de empresas, no es un deudor común, sino que el vínculo, se deriva de que todos los deudores son empresas del mismo grupo”⁸⁷.

Por otra parte se recomienda que “el mejor resultado sea dar a las empresas miembros del grupo una solución global a su insolvencia, y sea conveniente que se reconozca la existencia del grupo de empresas por parte

⁸⁶ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE COLOMBIA. 2013. Reconocimiento de procedimiento principal de QBEX Electronics Corporation Inc. Caso N° 63970, referencia corte 420-003520. p.5.

⁸⁷ *Ibid.*

de la autoridad competente, y la necesidad de cooperación transfronteriza en la solución a la insolvencia del grupo”⁸⁸.

Posterior a ello, se precisa que en Colombia se adoptó en el Decreto 1749 de 2001 las recomendaciones de la CNUDMI contenidas en la tercera parte de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia referida al trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, desarrollando un régimen comprensivo para el tratamiento de los grupos de empresas en el contexto de la insolvencia.

El sentenciador pasa a analizar los documentos presentados por el solicitante del reconocimiento, verificando que la Corte de Bancarrota de Florida abrió proceso de insolvencia respecto a las tres sociedades, a saber: QBEX Electronics Corporation INC., QBEX de Colombia S.A. y Comercializadora de productos tecnológicos Colombia S.A.S. De lo que el sentenciador desprende que se trata de un procedimiento de insolvencia de un Grupo de Empresas que solicitó de manera conjunta la apertura de un

⁸⁸ *Ibid.*

procedimiento del Capítulo 11 del Código de Bancarrota de los Estados Unidos.

El hecho que se esté frente a un grupo de Empresa, ayuda a la determinación del Centro de principales intereses, ya que la Superintendencia al constatar que la razón esgrimida por el tribunal Norteamericano por la que se abrió procedimiento de insolvencia respecto de las tres sociedades en EE.UU, fue para perseguir el mejor interés del patrimonio de los deudores, sus acreedores y toda otra parte involucrada y teniendo en cuenta que en Colombia se reconoce el concepto de Grupo de Empresas, no duda en declarar que el centro de principales intereses está localizado en una sola jurisdicción, la cual corresponde al Estado de Florida, donde se tramita la insolvencia de las tres empresas del grupo. Esto aun cuando el domicilio de dos de ellas se encuentre en Colombia.

Es destacable que la Superintendencia se comprometió a no iniciar procedimientos separados de insolvencia en contra de las sociedades colombianas, en el entendido que la orden de insolvencia de las tres sociedades en EE.UU persiga el mejor interés para todas las partes.

Finalmente, se otorgaron las medidas propias del reconocimiento de procedimientos extranjeros principales, específicamente la suspensión del derecho de transmitir o gravar bienes del deudor o disponer de ellos, así como la imposibilidad de iniciar procesos de ejecución en contra de las dos sociedades colombianas.

3.3.3 Conclusiones

La decisión de la Superintendencia da cuenta de una voluntad de cooperación entre tribunales y de una consideración especial a los grupos de empresas y sus características con el fin de otorgar protección a sus intereses.

La Superintendencia podría perfectamente haber admitido solamente el reconocimiento de *QBEX Corporation*, habiendo denegado el reconocimiento de las sociedades colombianas, considerando que aquellas debían ser abiertas a liquidación en Colombia y que esos procedimientos

debían posteriormente reconocerse como procedimientos no principales en EE.UU.

Más que eso, incluso la Superintendencia podría haber considerado que la apertura en EE.UU de la liquidación de las sociedades colombianas era contraria al orden público de Colombia, ya que es este país el que tiene jurisdicción para abrir procedimientos de insolvencia en su contra y no EE.UU. Sin embargo, la Superintendencia, en lo que se tiene que entender como un intento de cooperación, al analizar el centro de principales intereses y notar que dos sociedades del grupo de empresa tienen domicilio en Colombia, anota al pie de página que “la Competencia de esta Superintendencia por efecto de la solicitud es tramitar la solicitud de reconocimiento de proceso extranjero y no entrar a evaluar la competencia del tribunal extranjero al admitir estas dos sociedades a un procedimiento del Capítulo 11 del Código de bancarrota de los Estados Unidos⁸⁹.”

3.4 Millenium Global Emerging Credit Master Fund

3.4.1 Antecedentes del caso

⁸⁹ *Ob. cit.* p.9 nota la pie 20.

Millennium Global Emerging Credit Master Fund Limited (fondo principal) y *Millennium Global Emerging Credit Fund Limited* (fondo subordinado), son fondos de inversión constituidos en las Bermudas, creados con el fin de invertir en instrumentos de deuda soberana y corporativa de países en desarrollo.

La oficina de ambos fondos se encontraba en las Bermudas y durante su operación no tuvo otros empleados que sus tres directores, dos residentes de Bermudas y uno de Islas Channel, que sirvieron como tales para el directorio ambos fondos.

El fondo principal tenía como gerente a una sociedad llamada *Millenium Asset Managment Limited*. Esta sociedad designó como gerente de inversiones a *Millenium Global Invesments Limited*, ubicada en Londres.

Ambos fondos entraron en liquidación en Octubre de 2008. En Junio de 2011 se solicitó el reconocimiento en los Estados Unidos de América del procedimiento iniciado en Bermudas. El proceso de reconocimiento en

EE.UU fue objetado por BCP Securities, una sociedad a la que se investigaba en Estados Unidos por supuestos fraudes en la disminución de capital de los fondos.

BCP Securities (en adelante el apelante) argumentó que el CPI de los fondos no está en Bermudas, ni tampoco tiene un establecimiento en ese país, lo que impediría la investigación en su contra. Planteó que el CPI debe ser el Reino Unido, basado en la localización del gerente de inversiones, el domicilio de la mayoría de los acreedores y las reuniones de los acreedores, el domicilio del principal agente o corredor de los fondos, *-Credit Suisse-* y del hecho que la litigación pendiente en contra de los fondos se lleva en Londres. Los peticionarios del reconocimiento, por su lado argumentaron que el CPI de los fondos estaba en Bermudas antes del comienzo de la liquidación y que se había mantenido allí.

3.4.2 Decisión del tribunal

El tribunal comenzó aclarando los alcances de la presunción a favor del domicilio social del deudor, y específicamente hace notar que esa

presunción fue adoptada por la legislación Norteamericana con un cambio pequeño pero sustancial en su redacción. La norma de la Ley Modelo habla de que “Salvo prueba en contrario, se presumirá...”, en cambio la redacción de la norma estadounidense dice “en ausencia de evidencia en contrario, se presumirá...”. Este cambio tiene su origen en el deseo de los legisladores estadounidenses de hacer más claro con su propia terminología jurídica que, en caso de no poder aplicarse la presunción por existir prueba en contrario, la carga de la prueba pesa sobre el representante extranjero⁹⁰.

Posterior a ello el tribunal nombró los factores que casos recientes han tenido en cuenta para determinar el CPI, entre los que incluye: el lugar de las oficinas centrales, el domicilio de los administradores del deudor (que probablemente serán las oficinas principales del *holding*), el lugar de los principales activos del deudor, el domicilio de los principales acreedores del deudor y la jurisdicción cuya ley sería aplicable a la mayoría de las disputas. También se destaca que la jurisprudencia reciente exige que el CPI sea reconocible por terceras partes.

⁹⁰ UNITED STATES BANKRUPTCY COURT SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. 2011. Memorandum of decision on petition for recognition and related relief of Millenium global emerging credit master fund limited. Case No. 11-13171. p.11 nota al pie 12.

A continuación el tribunal enumeró los factores que apuntan a Bermudas como CPI como a los que apuntan en otras direcciones. Estableció que los factores que apuntan a Bermudas son que dos de los tres directores se encontraban en Bermudas, y ellos tenían facultades amplias de administración. Bermudas también era el lugar donde se encontraba el banco de los fondos, sus auditores y su banco custodio. Los factores que apuntaban a otros lugares como el CPI eran que la administración habitual de los fondos no tenía lugar en Bermudas, sino que era administrada por una compañía de administración de inversiones inglesa, así como también el hecho que ninguno de los acreedores o inversionistas vivían en Bermudas y tampoco los fondos tenían propiedades en Bermudas.

El juez toma su decisión no por una mera suma y resta de factores (que según el juez favorecería a Bermudas), sino que lo que inclina la balanza en favor del CPI en Bermudas es el hecho de que ese es el único lugar verificable por terceras partes como el CPI. Se llega a esta conclusión a partir de la revisión de los documentos que ofrecían las inversiones en los fondos, en que se publicitaba que el fondo estaba instituido en Bermudas y

que estaba sujeto al control de un directorio establecido allí, así como también se solicitaba a los inversionistas que enviaran sus aportes a cuentas bancarias en Bermudas. Por ende Bermudas era la única jurisdicción identificada con los fondos, que era fácilmente verificable por terceros.

Es destacable que el tribunal hace un argumento de política pública al enfatizar que el reconocimiento del CPI en Bermuda sería consistente con el propósito de la existencia del concepto de CPI en la Ley Modelo, que es proveer una base para centralizar los procedimientos de insolvencia relacionados a una empresa en un solo foro, de modo que se coopere entre todos los procedimientos abiertos en distintas jurisdicciones, logrando soluciones que mantengan la unidad de la empresa y sus activos lo más unidos posibles. Ese propósito no se lograría al desconocer la radicación del CPI en Bermudas, ya que en ese lugar se ha llevado a cabo un procedimiento de insolvencia que se ha prolongado por años con altos costos, que ha tenido el apoyo de los acreedores. Impedir el reconocimiento en los Estados Unidos, como solicitan los apelantes, dejaría sin posibilidad de perseguir responsabilidades legales de personas residentes en dicho país lo que iría en perjuicio de los acreedores estadounidenses.

3.4.3 Conclusiones

El caso permite varias conclusiones. En primer lugar, aclara el sentido de la presunción a favor del domicilio social en la ley estadounidense. A diferencia de la ley modelo, solo en caso de no existir evidencia en contrario se podrá aplicar la presunción a favor del domicilio social. Cualquier evidencia que alguna parte pueda presentar a favor de un lugar distinto al domicilio social, pone en manos del representante extranjero la obligación de probar que el CPI es el lugar del procedimiento que él representa.

Otra conclusión relevante es el carácter definitorio que juega el hecho que le CPI sea verificable por terceros. Existían factores que favorecían tanto a Londres como a Bermudas, pero fue la verificabilidad por terceros lo que dio primacía a Bermudas como CPI.

Por último es destacable el argumento de política pública que recoge los principios y fundamentos que se tuvieron en mente al aprobar la Ley Modelo y que el juez busca actualizar en su decisión.

CAPITULO IV: Centro de principales intereses en grupos de empresas

El presente capítulo tiene por objetivo estudiar el fenómeno de los grupos de empresas en el contexto de la insolvencia transfronteriza y en particular el rol que el Centro de principales intereses juega en casos de insolvencia de grupos de empresas.

Para ello nos proponemos definir a grandes rasgos los grupos de empresas, ahondar en el tratamiento legal que reciben en general y en particular en la Ley Modelo, para después profundizar sobre las problemáticas propias de los grupos de empresa en situaciones de insolvencia transfronteriza, en particular en relación a la determinación del Centro de Principales Intereses. Finalmente se hará una breve revisión de los intentos que el grupo V de la CNUDMI está realizando para solucionar la situación de los grupos de empresas, así como también a los criterios que se han utilizado en Colombia, país que cuenta con normativa específicamente diseñada para solucionar escenarios de insolvencia de grupos de empresas.

4.1 Concepto de grupo de empresas⁹¹.

Los grupos de empresas son un fenómeno extendido y generalizado que caracteriza la conformación de las economías modernas⁹².

La complejidad propia de los grupos de empresas, hace difícil una definición o caracterización que cubra todos sus aspectos. El Grupo V (Ley de insolvencia) de la CNUDMI los ha definido como dos o más entidades jurídicas (miembros del grupo) cuya vinculación consiste en alguna forma de control (directo o indirecto) o de participación, mutua o no, en su capital social⁹³.

Una definición completa y que se elaboró específicamente para la regulación de las situaciones de insolvencia en grupos de empresas, es la del artículo 2° N°1 del decreto 1749 de 2011 que se aprobó en Colombia

⁹¹ Para un estudio más acabado sobre los grupos de empresas, revisar: CASTELLON, R, GUERRERO, M y MEDINA, R. 2007. Noción de empresa, análisis jurídico y derechos laborales. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 109 y ss. y BARRERA, L. 2004. El concepto de empresa para el derecho del trabajo. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 59 y ss.

⁹² El Grupo de Trabajo V de la CNUDMI en su 42° período de sesiones celebrado en Noviembre de 2012 opinó que era necesario examinar la cuestión del centro de principales intereses en relación a los grupos de empresas, porque la mayor parte de la actividad comercial se realizaba actualmente por medio de esos grupos. CNUDMI. Grupo de trabajo V. 43° período de sesiones. Documento A/CN.9/WG.V/WP.114. p. 2.

⁹³ CNUDMI. 2012. Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia Tercera parte: Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia. p.6.

para reglamentar aspectos relacionados a grupos de empresas que no fueron regulados en la Ley 1116 de 2006 sobre régimen de insolvencia. En el citado artículo se define grupo de empresa como el conjunto integrado de personas naturales, personas jurídicas, patrimonios autónomos, o entes de cualquiera otra naturaleza que intervienen en actividades de carácter económico, vinculados o relacionados entre sí por su carácter de matrices, controlantes o subordinadas, o porque la mayor parte de sus capitales pertenece o está bajo la administración de las mismas personas jurídicas o naturales, ya sea porque obran directamente o por conducto de otras personas, o de patrimonios autónomos.

A nivel nacional, los grupos de empresas tiene definición legal en la Ley de Mercado de Valores, que en su título XV, intitulado “De los grupos empresariales, de los controladores y de las personas relacionadas”, define grupo de empresas como el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les

otorgan o en la adquisición de valores que emiten.

De las definiciones citadas, podemos ver que los grupos de empresas tienen como elementos distintivos la existencia de dos o más personas jurídicas y que existe una dirección unitaria de estas entidades, aun cuando en la vida del Derecho existan como entidades independientes.

Esta investigación se centrará en los grupos de empresas que tienen presencia en varios países, denominados comúnmente como “multinacionales”. La OCDE las define como “aquellas empresas u otras entidades establecidas en más de un país y que están relacionadas de tal manera que pueden coordinar sus operaciones en distintos ámbitos”⁹⁴.

Por su parte las directrices sobre los Grupos de Empresas Multinacionales elaborado por el instituto internacional de insolvencia, define los grupos de empresas multinacionales como el “conjunto de empresas establecidas en más de un país entre las que existe una vinculación mediante algunas formas de control, directo o indirecto, o de

⁹⁴ OECD. 2011. Guidelines for Multinational Enterprises. p.17.

propiedad, vinculación a través de la cual esas empresas están centralmente controladas o coordinadas”⁹⁵.

4.2 Grupos de Empresas Integrados

Es relevante para el estudio que en lo sucesivo se haga respecto al centro de principales intereses en los grupos de empresas, precisar claramente el tipo de grupo de empresa al que nos referimos, ya que los problemas que enfrenten y las soluciones que se le puedan entregar a los grupos de empresas en insolvencia, vienen determinados por la estructura que éstos tomen.

Los grupos de empresas pueden tomar numerosas estructuras societarias, financieras, organizacionales, de gestión, u otras⁹⁶. Para lo que nos compete, en este capítulo nos centraremos en un grupo de empresa que tiene un alto grado de integración, entendiendo por esto, que los componentes que integran el grupo están ligados funcionalmente de forma

⁹⁵ INTERNATIONAL INSOLVENCY INSTITUTE. 2012. Guidelines for coordination of multinational enterprise group insolvencies. p.11.

⁹⁶ Para una revisión detallada de las diversas estructuras de los grupos de empresas, revisar: CNUDMI. Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia Tercera parte: Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia. p.7 a 12.

significativa.

Los grupos de empresas integrados son aquellos que son administrados como un grupo, operando conjunta y coordinadamente un negocio. También la interdependencia administrativa y financiera entre las empresas del grupo es demostrativo de la integración del grupo⁹⁷. Un caso clásico de integración sería el de un grupo de empresas con una estructura jerarquizada que tiene el lugar de toma de decisión ubicado en un lugar. Otra opción sería el de un grupo de empresas que en su conjunto es descentralizado, pero cuenta con divisiones regionales que actúan de forma centralizada.

El Grupo de Trabajo V de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza, al discutir soluciones a los grupos de empresas, estableció los criterios que determinarían el grado de integración del grupo de empresa. En esa ocasión se listaron los siguientes factores: el grado de independencia de las empresas del grupo con respecto a las decisiones financieras, de gestión y de política (las “funciones de jefe de la oficina”);

⁹⁷ MEVORACH, I. 2008. The “home country” of a multinational Enterprise group facing insolvency. En *International and Comparative Law Quarterly*. 57(02): 427-448. p. 431-433.

los arreglos financieros entre las empresas del grupo, en particular con respecto a la estructura del capital, la ubicación de las cuentas bancarias y los servicios de contabilidad; la distribución de la responsabilidad en lo concerniente a la documentación técnica y jurídica de la empresa y a la firma de los contratos, y el lugar en que se encuentren los centros de diseño, comercialización, fijación de precios, entrega de productos y funciones administrativas, así como la impresión que tuviesen los terceros, en particular los acreedores, sobre ese lugar⁹⁸.

También en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia se dijo que el grado de integración de un grupo puede estar determinado por varios factores, entre los que figuran su organización económica (por ejemplo, si su estructura administrativa está centralizada o si cada empresa del grupo goza de independencia, si cada empresa depende del grupo para su financiamiento o para la garantía de los préstamos obtenidos, si la gestión de los recursos humanos está o no centralizada, así como la medida en que la sociedad matriz decide la política comercial y

⁹⁸ CNUDMI. 2013. Grupo de trabajo V. 43° periodo de sesiones. Nota de la secretaria. A/CN.9/WG.V/WP.114. p. 3.

presupuestaria y el funcionamiento de las demás y el grado de integración vertical u horizontal del grupo); su gestión comercial (por ejemplo, la importancia de las compras y ventas internas del grupo, la utilización de unas mismas marcas, logotipos, programas publicitarios y red de garantías para sus productos), y su imagen pública (por ejemplo, si el grupo se presenta como empresa única y si la actividad mercantil de sus empresas constitutivas se describe como propia del grupo o de cada una de ellas en los informes externos, ya sean los destinados a los accionistas, a la autoridad competente o a los inversionistas)⁹⁹.

4.3 Tratamiento legal de los grupos de empresas

La reglamentación de los grupos de empresas en los sistemas jurídicos es generalmente escasa, sin una regulación sistemática de los distintos aspectos legales que conciernen a un grupo de empresas. En particular, los regímenes de insolvencia tampoco se ocupan de los aspectos que podrían ser relevantes en una insolvencia de un grupo de empresa, ni menos de las cuestiones internacionales que la insolvencia de un grupo de

⁹⁹ CNUDMI. 2012. Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia Tercera parte: Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia. Párrafo 15. p. 11

empresa supone. De la revisión de la nueva ley de insolvencia, se constata que a nivel nacional no hay normas que reglamente estas cuestiones.

A nivel internacional, la Ley Modelo no se refiere en su normativa a los grupos de empresa y en el caso de la Unión Europea, el Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia tampoco incluye en su texto normas específicas para los grupos de empresas¹⁰⁰. En consecuencia, actualmente no existe ningún medio para iniciar un procedimiento de insolvencia contra un grupo de empresas como tal. Debe solicitarse la apertura de un procedimiento en relación con cada miembro del grupo por separado en el foro competente, cumpliendo los requisitos aplicables a la apertura, y solicitar el reconocimiento de esos procedimientos, de ser pertinente, en otros lugares (utilizando la Ley Modelo, cuando proceda)¹⁰¹.

En general, son dos los criterios que normalmente se usan para enfrentar la reglamentación de los grupos de empresas. El primer criterio corresponde a un tratamiento individual de cada empresa perteneciente al

¹⁰⁰ VIRGOS, M y SCHMIT, E. 1996. Report on the convention of Insolvency proceedings. Bruselas. p.52 párrafo 76.

¹⁰¹ CNUDMI. 2008. Grupo de trabajo V. 35° periodo de sesiones. Nota de la secretaría. A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4. p. 2.

grupo y el segundo criterio es el de considerar a todos los miembros como una empresa única. Tradicionalmente, se ha dado preeminencia al primer criterio, ya que el tratamiento individual de cada empresa como persona jurídica sujeto de derechos y obligaciones y la limitación de responsabilidad es la base en la que se funda el derecho societario. La idea misma de una empresa es que los riesgos de la empresa están limitados a la corporación misma¹⁰². Como veremos más adelante, las problemáticas y las soluciones de los problemas transfronterizos de las insolvencias de grupos de empresas tiene que ver con pasar del primer criterio, apegado a los principios tradicionales del derecho societario, a una mirada más global que conciba a la multinacional como una persona única más allá de sus múltiples actores en diferentes jurisdicciones. Este paso puede erosionar en cierta medida el estatuto que ha tenido la empresa en el derecho nacional, pero en ciertas ocasiones podría llegar a ser necesario para salvar grandes grupos multinacionales del colapso.

¹⁰² BUFFORD, S. 2007. Center of Main Interests, International Insolvency Case Venue, and Equality of Arms: The Eurofood Decision of the European Court of Justice, *Northwestern Journal of International Law & Business* 27(2). p.408.

4.4 Problemáticas de la insolvencia en grupos de empresas.

El principal problema que enfrenta la insolvencia de un grupo de empresas que tiene filiales en distintos países es la desventaja económica y de gestión que representa la apertura de varios procedimientos de insolvencia en distintos lugares.

Cuando los negocios son llevados de forma integrada por empresas de un grupo en distintos Estados, es probable que se produzca un fracaso general que traiga consigo la apertura de varios e incluso muy numerosos procedimientos de insolvencia independientes en varios Estados contra cada una de las empresas insolventes del grupo. A menos que esos procedimientos se coordinen, es improbable que todo el grupo pueda reorganizarse y tal vez tenga que desmembrarse. Por lo general en caso de insolvencia se rompen las relaciones internas entre las empresas del grupo que determinan la forma en que se estructura y funciona el grupo mientras es solvente¹⁰³.

¹⁰³ CNUDMI. 2012. Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia Tercera parte: Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia. párrafo 4. p. 94-95.

Una diferencia fundamental en la insolvencia de grupos de empresas es que el tribunal de un Estado no se ocupa forzosamente del mismo deudor que el tribunal de otro Estado (aunque puede haber un deudor común en el caso de distintas empresas del grupo con bienes en distintos Estados, situación que sí entra en el ámbito de la Ley Modelo). El vínculo entre procedimientos paralelos no es un deudor común, sino que todos los deudores son empresas del mismo grupo. A menos que conforme a la legislación nacional se reconozca o pueda reconocerse la existencia (y posiblemente el alcance) de ese grupo, cada procedimiento parecerá no guardar relación con los otros y la cooperación no parecerá justificarse, ya que podría interferir en la independencia de los tribunales estatales o considerarse innecesaria porque cada procedimiento es, en esencia, un procedimiento nacional. Si bien en algunos casos puede ser posible tratar a cada empresa del grupo completamente por separado (como en el caso de grupos de empresas no integrados), en el caso de muchos grupos de empresas es posible que el mejor resultado para cada una de las empresas pueda lograrse mediante una solución más amplia y posiblemente global que refleje la manera en que el grupo llevaba sus negocios antes de la insolvencia y que aborde o bien dependencias comerciales separadas o bien

el grupo de empresas en su totalidad, en particular si el negocio está bien integrado¹⁰⁴.

En muchos casos, sería más conveniente que se ideara la reorganización o liquidación del grupo de empresas, teniendo en vista la forma en que operaba financieramente ese grupo de empresas, cómo se relacionaban sus distintas empresas en relación a los flujos de capitales, administración de activos y gestión interna, para dar una solución que considere a todo el grupo, cuestión que es imposible de lograr con insolvencias abiertas en distintos países, que tienen sus propios intereses nacionales¹⁰⁵.

De todo lo dicho, se desprende que los grupos de empresas desintegradas, y las partes desintegradas de un grupo de empresas, que no se verían afectadas por la insolvencia de la matriz o de otras sociedades más integradas del grupo, quedarán fuera del problema que aqueja a los grupos de empresas.

¹⁰⁴ CNUDMI. 2012. Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia Tercera parte: Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia. párrafo 9. p. 97.

¹⁰⁵ MEVORACH, I.2008. The “home country” of a multinational Enterprise group facing insolvency. *International and Comparative Law Quarterly*. 57(02):427-448. p. 432.

4.4.1 Grupos de empresas y Centro de principales intereses

La Ley Modelo fue creada bajo el supuesto de empresas individuales que tenían bienes o acreencias en otros países, para lo cual se reconocería el procedimiento de insolvencia en aquellos países de modo tal que se recuperaran esos activos para la liquidación o reorganización de la sociedad.

La Ley Modelo exige un factor de conexión entre el país del cual provenía el procedimiento de insolvencia y el deudor sometido a éste. Este factor de conexión podía ser tener el deudor su centro de principales intereses en el país del cual provenía el procedimiento que aspiraba ser reconocido o tener un establecimiento en el país en el cual se abrió la insolvencia.

Esta configuración legal de la problemática transfronteriza estaba basada en la idea de una empresa individual que debía tener un tratamiento aislado de su situación de insolvencia. Sin embargo, mirada en retrospectiva, afrontar la insolvencia transfronteriza de esta manera fue una

decisión que era ciega frente a la senda que tomaba la estructuración corporativa de las grandes empresas. Y es la misma CNUDMI la que hace el mea culpa: “Cuando se debatió el texto de lo que luego sería la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza se consideró que la cuestión de los grupos todavía estaba “lejos”. Posteriormente, mientras se elaboraba la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, se reconoció que ocuparse del tema de los grupos de sociedades podía entorpecer considerablemente el avance del examen de los demás temas de la Guía, razón por la cual sólo se incluyó una breve introducción y no se formularon recomendaciones al respecto”¹⁰⁶.

El problema que se generó con los grupos de empresas es que cada empresa del grupo tenía su centro de principales intereses en el lugar en que se encontraba establecida, tal como lo establece el artículo 16 N°3 de la Ley Modelo y el artículo 315 N°3 de la nueva Ley de Insolvencia. De esta forma, puede ocurrir que dos empresas de un mismo grupo empresarial, establecidas en distintos países, pero que se encuentran integradas, que responden a la misma matriz y que son de propiedad del mismo grupo,

¹⁰⁶ CNUDMI. 2006. Grupo de trabajo V. 31° período de sesiones. Nota de la secretaria. A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2. p. 2.

pueden tener sus centros de principales intereses cada una en el lugar de su domicilio social y ser reconocidas cada una en Chile como procedimientos extranjeros principales. Esta situación genera los problemas ya descritos anteriormente, en especial, la multiplicación de procedimientos de insolvencia y sus respectivas solicitudes de reconocimiento, con los costos asociados a ellos. El problema también se ve reflejado con respecto a los acreedores de las distintas compañías, en que distintos tipos de acreedores sostienen distintos derechos con distintos grados de prioridad sobre el patrimonio y que operan en los distintos ordenamientos jurídicos en que el grupo llevaba adelante negocios, cada acreedor intentando obtener ventaja para asegurar sus créditos por sobre otros acreedores¹⁰⁷

Decisiones como las tomadas en el caso Eurofood, son un claro ejemplo de situaciones como las descritas, pues nublan una visión global del grupo empresarial, centrándose en las particularidades de la sociedad filial y su domicilio social.

¹⁰⁷ INTERNATIONAL INSOLVENCY INSTITUTE.2012. Guidelines for coordination of multinational Enterprise group insolvencies. p.3.

4.5 Soluciones a la situación de grupos de empresas en insolvencia

Habiendo estudiado ya la problemática que la insolvencia de los grupos de empresas genera, se vislumbran en la teoría, dos formas de hacerles frente. En primer lugar es plausible esbozar una solución que reivindique los conceptos que ya existen en la Ley Modelo.

La solución a la que nos referimos sería una en la que se declare en primer lugar la insolvencia de la matriz del grupo de empresas, el lugar donde se ejerce el mando, control o coordinación de las demás empresas del grupo. Posterior a ello se procedería a reconocer ese procedimiento como procedimiento extranjero principal en todos los países donde el grupo de empresas tenga filiales. A su vez, los procedimientos de insolvencia en los países de las filiales, se reconocerían en el país de la matriz como procedimientos extranjeros no principales. De esta forma se lograría un cierto liderazgo de la insolvencia de la matriz por sobre las insolvencias de las filiales. Este esquema supone que todos los países en que hay filiales hayan adoptado la ley modelo, cuestión lejana de la realidad. Esta solución también obvia que los representantes de los procedimientos de insolvencia

de las filiales desearían ser reconocidos en otros foros como procedimientos principales, para mejorar su posición en el lugar de reconocimiento, cuestión que podría dificultar la entrada del procedimiento de insolvencia de la matriz en ese foro.

Otra opción, algo más osada, es que los representantes de la insolvencia de la matriz, soliciten en ese foro la apertura de la insolvencia de las filiales establecidas en otros países, aduciendo que, aun cuando el domicilio social de tales sociedades se encuentra en otro país, el centro de principales intereses real de esas sociedades, se encuentra en el foro de la sociedad matriz, por ser éste el lugar en que se ejerce el control efectivo de las sociedades. Esta solución es difícil en la práctica, por los litigios que podrían surgir sobre cuestiones derivadas del centro de principales intereses.

4.5.1 Soluciones propuestas por el Grupo de trabajo V de la CNUDMI

Desde el año 2006¹⁰⁸ el Grupo de trabajo V (régimen de insolvencia)

¹⁰⁸ CNUDMI. 2006. Grupo de trabajo V. 31° período de sesiones. Nota de la secretaría.

ha dedicado esfuerzos a solucionar las cuestiones referidas a los grupos de empresas en insolvencia.

Como fruto de este trabajo, el año 2012 se publicó la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, Tercera parte: Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia.

Adentrándonos en las soluciones concretas que se han dado respecto al centro de principales intereses en los grupos de empresas, el Grupo de Trabajo barajó la posibilidad de crear el concepto de Centro de Principales Intereses de grupo de empresas, de forma tal que en vez de varios procedimientos, en algunos casos cabría la posibilidad de abrir en un solo Estado un procedimiento de insolvencia contra diferentes miembros de un grupo situados en diferentes Estados. Así, se podrían reducir las costas de los procedimientos paralelos, coordinar la venta global de bienes, obtener el máximo valor posible de los bienes de todos los miembros del grupo, reducir el problema de la búsqueda del foro más adecuado y lograr la

reorganización general del grupo¹⁰⁹. En esa ocasión, se llegaron a conclusiones interesantes respecto al CPI. Se dijo que “la presunción establecida en el artículo 16 N°3 de la Ley Modelo no era aplicable directamente en el contexto de los grupos de empresas; que podría ser útil formular una regla sobre el centro de los principales intereses de un grupo de empresas, a fin de facilitar la coordinación entre los múltiples procedimientos de insolvencia entablados contra empresas pertenecientes al grupo, que en esa regla podría establecerse una presunción rebatible, del tenor de la enunciada en el artículo 16 N° 3 de la Ley Modelo, para determinar la sede de la empresa que controla el grupo”¹¹⁰. Finalmente, se decidió echar pie atrás en la creación del concepto de centro de principales intereses de grupo de empresa y la presunción rebatible respecto de su ubicación, entre otras dificultades¹¹¹, por la dificultad de la determinación del Estado que debería adoptar la decisión con respecto al CPI del grupo de empresas y al nulo efecto jurídico que esa determinación tendría, en base al carácter no vinculante de esa determinación.

¹⁰⁹ CNUDMI. 2008. Grupo de trabajo V. 35° período de sesiones. Nota de la secretaria. A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4. p.3

¹¹⁰ CNUDMI. 2013. Grupo de trabajo V. 43° período de sesiones. Nota de la secretaria. A/CN.9/WG.V/WP.114. p.3

¹¹¹ *Ob. cit.* p.4

En su 47° período de sesiones, llevadas a cabo entre el 26 al 29 de Mayo de 2015, el grupo de trabajo V presentó un proyecto que ofrece un conjunto de disposiciones que los Estados podrían incorporar a su Derecho interno para contar con un régimen aplicable al reconocimiento transfronterizo de los procedimientos extranjeros relacionados con empresas de un grupo. El proyecto crea el concepto de procedimiento extranjero relacionado con un grupo de empresas que se define como un procedimiento extranjero (conforme a la definición que figura en la Ley Modelo) que participa en una solución colectiva de la insolvencia de un grupo. Una innovación importante es que el proyecto de texto no distingue entre procedimiento de insolvencia principal y no principal; conforme a este régimen, todo procedimiento que pueda considerarse un procedimiento principal o no principal con arreglo a la Ley Modelo se reconocerá como procedimiento extranjero relacionado con un grupo de empresas si se demuestra que participa en la elaboración y aplicación de una solución colectiva de la insolvencia del grupo¹¹². Se define también el concepto de “solución colectiva de la insolvencia de un grupo de empresas”, definiéndola como propuesta de proceder en forma coordinada a la

¹¹² CNUDMI. 2015. Grupo de trabajo V. 47° período de sesiones. Nota de la secretaria. A/CN.9/WG.V/WP.128. p.3

reorganización o la venta como negocio en marcha (de todo el negocio o de parte de él, o de todos los bienes o de parte de ellos) de una o más empresas de un grupo, de un modo que, con seguridad o probablemente, mantendría o incrementaría el valor del grupo de empresas en su conjunto, o de las empresas afectadas. Una solución colectiva de la insolvencia de un grupo de empresas podrá coordinarse a través de un procedimiento abierto en el Estado en que se encuentre el centro de los principales intereses de al menos una de las empresas del grupo¹¹³.

El proyecto es bastante similar a lo que ya existe en la Ley Modelo, cambiando la terminología para adecuarla a los grupos de empresas. Entre los cambios más relevantes se encontraría el referido a que la solicitud de reconocimiento de un procedimiento de grupo de empresa debe incluir pruebas que acrediten que se elaboró o se está elaborando una solución colectiva de la insolvencia para todo el grupo de empresas o para parte de él, que existe una posibilidad razonable de poner en práctica la solución colectiva de la insolvencia del grupo y que el procedimiento extranjero relacionado con el grupo de empresas está participando en la solución

¹¹³ *Ob. cit.* p.11

colectiva de la insolvencia del grupo.

El proyecto centra buena parte de sus artículos en la comunicación y coordinación que deberá existir entre los distintos procedimientos para dar una solución colectiva a todos los procedimientos. De todas formas, se deja en claro que la coordinación y comunicación entre tribunales no va a significar limitación o renuncia de la autoridad del tribunal o renunciar a la resolución en cuanto al fondo del asunto que conozca, ni el sometimiento o prórroga a la competencia de otro tribunal o la merma en la eficacia de las resoluciones dictadas¹¹⁴.

4.5.2 Soluciones propuestas por el *International Insolvency Institute*

El *International Insolvency Institute* publicó en Junio de 2012 sus directrices para la coordinación de la insolvencia de grupos de empresas multinacionales. Las directrices se componen de 22 directrices que se dividen en 11 “principios universales” que se aconsejan ser incluidos y aplicados y de 11 directrices aspiracionales, propuestas legislativas para

¹¹⁴ *Ob. cit.* p.18.

futuras reformas.

Las directrices innovan al hablar del “centro del grupo” que corresponde a la jurisdicción en la cual las operaciones de una multinacional son administradas. El propósito de la guía es identificar el centro del grupo para una multinacional de modo tal de determinar la jurisdicción a la cual las otras jurisdicciones deberán someterse o prorrogarse, en la medida permitida por la ley, para obtener la maximización de los activos globales del grupo¹¹⁵.

El III (Por sus iniciales en inglés) reconoce que sus lineamientos no necesariamente serán beneficiosos para todos los grupos empresariales, entendiendo que en ciertas ocasiones, principalmente cuando el grupo no sea lo suficientemente integrado, lo más adecuado sería reconocer múltiples centros y maximizar el valor del grupo por medio de la coordinación de los procedimientos.

¹¹⁵ INTERNATIONAL INSOLVENCY INSTITUTE. 2012. Guidelines for coordination of multinational enterprise group insolvencies. p.9.

Las directrices que se relacionan más directamente con el centro de principales intereses son la N°4 y la N°9. La primera dispone que un tribunal que ha adoptado la Ley Modelo, no debería decidir el centro de principales intereses de una filial de una multinacional hasta que haya determinado los hechos relevantes relacionados a la estructura del grupo de empresas, su ubicación y solvencia, y haya escuchado a los representantes de otras filiales con respecto al centro de principales intereses de los miembros del grupo.

La directriz N°9 propone que un tribunal que debe decidir sobre el CPI de una filial del grupo, podría considerar atrasar su decisión respecto al miembro del grupo respecto del cual tiene jurisdicción hasta que el tribunal del centro del grupo haya tomado una decisión respecto al CPI del grupo como un todo.

4.5.3 Experiencia Colombiana

Colombia es un foro que Chile debe tener en la mira para aprender sobre insolvencia transfronteriza. Colombia ya en el año 2006 aprobó en su

nueva ley de insolvencia las disposiciones de la Ley Modelo. Posteriormente en el año 2011, Colombia dictó el Decreto 1749 de 2011, que incluye las recomendaciones que se hacen en la Tercera parte de la Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de insolvencia relativa al trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia. Esas recomendaciones incluyen normativa para el tratamiento interno de la insolvencia de grupos de empresas. Es relevante la posibilidad de solicitud conjunta de apertura de insolvencia que comprende la normativa, que permite que varias empresas del grupo soliciten conjuntamente su insolvencia. También destaca la posibilidad de una consolidación patrimonial de los patrimonios de las distintas empresas del grupo, cuando se encuentren de tal forma entremezclada que no se pueda deslindar la titularidad de los bienes, lo que permitirá formar una sola masa de insolvencia con todo el activo y pasivo de las distintas sociedades.

En el aspecto internacional, el título II del decreto 1749, incluye el ámbito internacional de la insolvencia de grupos de empresas. Se explicita que son aplicables a los grupos de empresas las normas de insolvencia transfronteriza de la ley 1116 de 2006, cuestión que no aporta mucho por las

dificultades que aplicar esa normativa entraba para los grupos de empresas.
Se acogen también las recomendaciones respecto a la coordinación y comunicación que la CNUDMI hace al respecto.

CONCLUSIONES

Las conclusiones que se pueden extraer de esta obra son varias y se pueden ordenar en relación a su especificidad.

En términos generales, la introducción en Chile de normas que regulen la insolvencia transfronteriza, es claramente un avance hacia un sistema de insolvencia más inclusivo y de mayor atractivo internacional. Es de esperar que la implementación de la nueva ley se traduzca en una mejora del lugar que Chile ocupa en el ranking *Doing business* del Banco Mundial y en otras mediciones similares.

Con respecto a la hipótesis que planteamos en la introducción de esta memoria, sobre la utilidad del CPI como factor de conexión que permita materializar los objetivos que la Ley Modelo se planteó en su creación y dar solución a la situación de los grupos de empresas, debe ser respondida diferenciando entre los casos de grupos de empresas y los que no lo son.

La insolvencia de los grupos de empresas internacionales conlleva

desafíos propios que exceden la normativa prevista en la Ley Modelo. Esta se creó previendo casos de empresas particulares con activos en otros Estados, que quisieran ser reclamados por acreedores en esos Estados. Sin embargo, la realidad una vez más ha superado a la ley, quedando ésta sin herramientas para dar solución a casos más complejos como los de las multinacionales en insolvencia. El CPI aparece en ese escenario como un punto crítico para la solución del problema, debiendo debatirse entre una definición y aplicación más dinámica, acorde con las situaciones de insolvencia de grupos de empresas, que permita la vinculación entre las múltiples jurisdicciones donde el grupo de empresas tenga situaciones de insolvencia y no solo la conexión entre dos jurisdicciones, o por el contrario, tomando la vía de la desaparición de la normativa, dando paso a factores de conexión que se creen especialmente para dar respuesta a la problemática de los grupos de empresas.

Es de opinión de este autor, la necesidad de modificar el actual CPI, por un nuevo factor de conexión que recoja las particularidades de los grupos de empresas. Una solución que asoma como auspiciosa es la de adoptar el concepto de “procedimiento extranjero relacionado con un grupo

de empresas”, que se presentó en el 47° período de sesiones del Grupo de trabajo V, llevadas a cabo entre el 26 al 29 de Mayo de 2015¹¹⁶, lo que permitiría generar un incentivo a la búsqueda de una “solución colectiva de la insolvencia de un grupo de empresas”, entendiendo por tal una propuesta de proceder en forma coordinada a la reorganización o la venta como negocio en marcha (de todo el negocio o de parte de él, o de todos los bienes o de parte de ellos) de una o más empresas de un grupo, de un modo que, con seguridad o probablemente, mantendría o incrementaría el valor del grupo de empresas en su conjunto, o de las empresas afectadas. En consecuencia, hemos de refutar la hipótesis respecto a la insolvencia de los grupos de empresas, ya que a juicio de este autor, el CPI en la forma en que ha sido concebido no da respuesta adecuada como factor de conexión tratándose de la insolvencia transfronteriza de los grupos de empresas.

Con respecto a la insolvencia transfronteriza de aquellas empresas que no sean grupos de empresas, confirmamos la hipótesis propuesta en la introducción, en el sentido que el CPI sí da respuesta a las necesidades de esos procedimientos por una vinculación fluida y efectiva con otras

¹¹⁶ Explicado con más detalle en las páginas 116 y ss.

jurisdicciones. De todas formas, somos de la opinión que de entre las múltiples interpretaciones y delimitaciones que se hizo del concepto de CPI, el que mejor responde a las necesidades de insolvencia internacional es aquel que hace un análisis amplio de la situación de la empresa para determinar su CPI y no solo un análisis formal del lugar de constitución de la empresa.

La aparición de casos de insolvencia transfronteriza en Chile permitirá corroborar si los problemas que se han analizado en esta memoria respecto a la insolvencia de los grupos de empresas se hacen realidad en nuestro país, lo que a juicio del autor, justificaría estudiar la posibilidad de incorporar nueva normativa que perfeccione la ley en estos aspectos.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

1. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley 20.720.
2. BARRERA, L. 2004. El concepto de empresa para el derecho del trabajo. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
3. BUFFORD, S. 2007. Center of Main Interests, International Insolvency Case Venue, and Equality of Arms: The Eurofood Decision of the European Court of Justice. *Northwestern Journal of International Law & Business* 27(2). p.364, 365. Traducción libre del inglés.
4. CASTELLON, R, GUERRERO, M y MEDINA, R. 2007. Noción de empresa, análisis jurídico y derechos laborales. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile, facultad de Derecho
5. CHAN HO, L. 2009. Cross-border fraud and cross-border insolvency: proving COMI and seeking recognition under the UK Model Law. En *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 537-547. Octubre 2009.
6. CONTRERAS, O. 2010. Insolvencia y quiebras. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
7. CNUDMI. 2012. Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia Tercera parte: Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia

8. CNUDMI. 2014. Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y Guía para su incorporación al derecho interno e interpretación.
9. CNUDMI. 2014. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza: La perspectiva judicial.
10. CNUDMI. 1995. Informe del grupo de trabajo V sobre el régimen de la insolvencia acerca de la labor de su 18º periodo de sesiones. Documento A7CN.9/419.
11. CNUDMI. Grupo de trabajo V. Nota de la secretaría. Documentos: A/CN.9/WG.V/WP.114,A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4,A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2, A/CN.9/WG.V/WP.128.
12. EYZAGUIRRE, G y GOMEZ, R. 2011. El derecho de quiebras. 2º Edición, Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
13. ENGLAND AND WALES COURT OF APPEAL. 2010. *Stanford International Bank Ltd* EWCA Civ 137.
14. FORTES, C. 2008. Insolvencia transfronteriza. Memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile. Facultad de Derecho.
15. INTERNATIONAL INSOLVENCY INSTITUTE. 2012. Guidelines for coordination of multinational enterprise group insolvencies.
16. MEVORACH, I. 2008. The “home country” of a multinational Enterprise group facing insolvency. En *International and Comparative Law Quarterly*. 57(02): 427-448

17. OECD. 2011. Guidelines for Multinational Enterprises.
18. SANDOVAL, R. 1999. La ley modelo de la CNUDMI sobre quiebra transfronteriza. Revista de Derecho, Universidad de Concepción. N°205, año LXVII.: 33-46.
19. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE COLOMBIA. 2013. Reconocimiento de procedimiento principal de QBEX Electronics Corporation Inc. Caso N° 63970, referencia corte 420-003520
20. SUPREME COURT OF IRELAND, *In re Eurofood IFSC Ltd*, [2004] IESC 45.
21. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 2006. Caso Eurofoods IFSC Ltd (C-341-04). Sentencia de 2 de Mayo de 2006. I- 3865.
22. UNION EUROPEA. 2000. Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia. Diario oficial de la Unión Europea L 160 de 30 de Junio de 2000.
23. UNITED STATES BANKRUPTCY COURT SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. 2011. Memorandum of decisión on petition for recognition and related relief of Millenium global emerging credit master fund limited. Case No. 11-13171
24. URRRA, F. 2010. El elemento espacial en el hecho imponible renta. Memoria para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. Facultad de Derecho.
25. VIRGOS, M y SCHMIT, E. 1996. Report on the convention of Insolvency proceedings. Bruselas.