



Asamblea General

Distr. limitada
7 de febrero de 2022
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
60º período de sesiones
Nueva York, 18 a 21 de abril de 2022

Ley aplicable en procedimientos de insolvencia

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	2
II. Exposición general de las cuestiones que el Grupo de Trabajo debería seguir analizando	3
A. Finalidad y objetivos	3
B. Ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas	3
C. Norma supletoria con respecto a la ley aplicable en procedimientos de insolvencia: <i>lex fori concursus</i>	5
D. Excepciones a la <i>lex fori concursus</i>	13
E. Excepción de orden público y otras disposiciones	16



I. Introducción

1. La información sobre los antecedentes del proyecto relativo a la ley aplicable en procedimientos de insolvencia remitido al Grupo de Trabajo por la Comisión en su 54º período de sesiones, celebrado en 2021¹, puede consultarse en el programa provisional del 60º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.V/WP.177, párrs. 12 a 14). Como se indica en ese documento, el Grupo de Trabajo comenzó a trabajar en el proyecto en su 59º período de sesiones (Viena, 13 a 18 de diciembre de 2021). La presente nota fue preparada por la secretaría en vista de la expectativa del Grupo de Trabajo de que se le presentara un texto que reflejara las deliberaciones que este había sostenido sobre el tema en su 59º período de sesiones con miras a examinarlo en su siguiente período de sesiones. Dado que habían quedado cuestiones sin resolver con respecto a la forma que adoptaría un futuro instrumento sobre el tema y a su contenido, el Grupo de Trabajo dio flexibilidad a la secretaría para que decidiera cómo presentar ese texto al Grupo de Trabajo².

2. En la presente nota se exponen a grandes rasgos las cuestiones planteadas en el Grupo de Trabajo en relación con la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia con respecto a un único deudor. Se parte de la base de que durante el 60º período de sesiones del Grupo de Trabajo las deliberaciones se centrarán en las cuestiones relacionadas con las recomendaciones 31 a 34 de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia* (la “*Guía*”). Por consiguiente, la presente nota no abarca las cuestiones relacionadas con la ley aplicable a la validez y eficacia de los derechos y créditos nacidos antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, a que se refiere la recomendación 30 de la *Guía*, que debe leerse junto con las recomendaciones 3 y 4 de la *Guía*, ni las cuestiones derivadas de la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia paralelos, entre ellas las que se plantean en el contexto de la insolvencia de grupos de empresas. Tampoco abarca aspectos de derecho internacional privado de aplicación general, como los límites a la aplicación del derecho extranjero³ o las normas relativas a la localización de bienes.

3. La presente nota remite a los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia, al informe del 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/1088) y a una nota de la Secretaría que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en su 59º período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.176). Cuando el contexto lo hizo necesario, la secretaría profundizó en algunos aspectos planteados durante el 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo en relación con las recomendaciones 31 a 34 de la *Guía*. A ese respecto se consultaron otros textos de la CNUDMI y también otros textos internacionales y regionales pertinentes, en particular los textos de la CNUDMI sobre las operaciones respaldadas por garantías mobiliarias, el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido) (el “texto refundido del REI”)⁴ y las Global Rules on Conflict-of-Laws Matters in International Insolvency Cases, que es un conjunto de reglas generales sobre cuestiones de conflictos de leyes en los casos de insolvencia internacional elaboradas por el American Law Institute y el International Insolvency Institute, con los comentarios y las notas de los compiladores (las “Reglas Generales”).

4. A la espera de la decisión del Grupo de Trabajo sobre la forma de un futuro instrumento sobre el tema, la secretaría utiliza una referencia genérica a las “disposiciones legislativas” a lo largo de esta nota. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las cuestiones expuestas en esta nota, incluida la cuestión de si deberían

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/76/17)*, párrs. 215 a 217.

² A/CN.9/1088, párrs. 94 y 95.

³ Véase en ese contexto, p. ej., el documento A/CN.9/WG.V/WP.176, párr. 18, que remite a la norma universalmente aceptada sobre la elección de la ley aplicable según la cual los órganos jurisdiccionales aplican el derecho procesal de sus respectivos ordenamientos.

⁴ Vinculante y directamente aplicable en los Estados miembros de la Unión Europea (UE). Su ámbito de aplicación se circunscribe a los procedimientos relativos a deudores cuyo centro de intereses principales esté situado en la UE (véase el considerando 25). Sustituyó al Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, que a su vez se basaba en el Convenio de la Unión Europea relativo a los Procedimientos de Insolvencia (hecho en Bruselas el 23 de noviembre de 1995; no entró en vigor).

tratarse en las disposiciones legislativas o en cualquier comentario que las acompañe en el futuro, y los elementos que cabría incluir en las disposiciones o en el comentario.

II. Exposición general de las cuestiones que el Grupo de Trabajo debería seguir analizando

A. Finalidad y objetivos

5. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta que, en consonancia con el mandato de la CNUDMI, el objetivo del proyecto debería ser lograr la armonización de los criterios legislativos divergentes que existen actualmente con respecto a la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia. De esa manera se daría respuesta a la expectativa de lograr “la estabilidad tan necesaria en el proceso volátil e incierto de evaluación de las posibles consecuencias de la insolvencia para las relaciones comerciales internacionales”⁵. La decisión de la Comisión de emprender este proyecto se basó en la existencia de criterios legislativos divergentes, fragmentados e incompletos en lo que respecta a la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia, que pueden dar lugar a incoherencias y a falta de previsibilidad en los casos de insolvencia transfronteriza⁶.

6. El Grupo de Trabajo tal vez desee evaluar si, en consonancia con ese objetivo, la finalidad de las disposiciones legislativas sería ofrecer a los Estados normas simplificadas y actualizadas sobre la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia, en respuesta a las necesidades que han surgido en la práctica de la insolvencia desde 2004, cuando se aprobó la parte pertinente de la *Guía*. Las disposiciones legislativas: a) reforzarían la aplicación de la ley del Estado en que se hubiese abierto el procedimiento de insolvencia (*lex fori concursus*) a todos los aspectos del procedimiento de insolvencia, incluidos los efectos del procedimiento de insolvencia en las personas, los derechos, los créditos y los procedimientos, con pocas excepciones claramente establecidas, y b) aclararían el significado y el alcance de dicha ley y las excepciones a su aplicación.

7. El Grupo de Trabajo podría confirmar⁷ si las disposiciones legislativas deberían promover, entre otros, los siguientes objetivos: a) aumentar la certeza y la previsibilidad (es decir, que las partes afectadas por los procedimientos de insolvencia puedan prever mejor los efectos y el resultado de los procedimientos de insolvencia en relación con sus derechos y créditos); b) aumentar la eficiencia y la eficacia de los procedimientos de insolvencia que tengan efectos transfronterizos (p. ej., mediante la reducción de la complejidad y los costos de los procedimientos de insolvencia y una mejor coordinación de los procedimientos de liquidación y reorganización a través de fronteras), y c) evitar la búsqueda indebida de un foro de conveniencia y otras prácticas impropias que ponen en peligro las expectativas legítimas de los acreedores y otras partes interesadas⁸. El Grupo de Trabajo tal vez desee también tener presente que, al contemplar cada uno de esos objetivos, las disposiciones legislativas tendrían que lograr un equilibrio adecuado entre las consideraciones que compiten entre sí.

B. Ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas

8. El ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas está vinculado al alcance de los “procedimientos de insolvencia” que se pretende abarcar, cuestión que se examinó en el 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo⁹. En los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia se reconoce que las distintas jurisdicciones pueden

⁵ Véase la declaración de los compiladores de las Reglas Generales.

⁶ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/76/17)*, párrs. 216 y 217.

⁷ *A/CN.9/1088*, párr. 57.

⁸ Véase la explicación del término “partes interesadas” en el glosario de la *Guía*, término dd).

⁹ *A/CN.9/1088*, párrs. 62, 64, 65 f) y 68.

tener ideas diferentes de lo que abarca el término “procedimiento de insolvencia”¹⁰. En ellos se establece una lista acumulativa de requisitos que debe reunir un procedimiento para ser considerado un “procedimiento de insolvencia” a los efectos de los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia: a) un procedimiento colectivo (judicial o administrativo); b) tramitado con arreglo a una ley relativa a la insolvencia; c) bajo control o supervisión judicial; d) respecto de un deudor (persona física o jurídica) que se encuentre en graves dificultades financieras o sea insolvente, y e) con el fin de lograr la liquidación o la reorganización de ese deudor como entidad comercial¹¹. Los procedimientos judiciales o administrativos destinados a liquidar una entidad solvente y otros procedimientos que no reúnen esos requisitos no se consideran procedimientos de insolvencia de acuerdo con los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia¹². El Grupo de Trabajo tal vez desee analizar si las mismas consideraciones serían aplicables a la definición de “procedimiento de insolvencia” en las disposiciones legislativas. En ese contexto, el Grupo de Trabajo quizás desee recordar que, por ejemplo, en la nueva recomendación 294 aprobada recientemente se prevé que los deudores que cumplan las condiciones de admisibilidad puedan solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia simplificado cuando empiecen a tener dificultades financieras, sin necesidad de demostrar su insolvencia.

9. En el 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se consideró que la referencia a los “procedimientos de insolvencia” en el encabezamiento de la recomendación 31 debía abarcar los “procedimientos provisionales” y “otros procedimientos previos a la insolvencia que tuvieran un vínculo suficiente con la insolvencia”¹³. A ese respecto, se sugirió que se agregara una referencia a la “reestructuración” o al “régimen legal de la reestructuración” en un nuevo apartado de la enumeración que figuraba en la recomendación 31, o bien que se explicara en un comentario que los términos “procedimiento de insolvencia” y “régimen de la insolvencia” que figuraban en el encabezamiento de la recomendación 31 abarcaban esos aspectos¹⁴. (Véase un análisis del término “régimen de la insolvencia” en los párrafos 13 a 15 *infra*).

10. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, si bien en la *Guía* no se hace referencia a un “procedimiento de índole provisional” en el término “procedimiento de insolvencia” (glosario, término u)), sí se incluye en las definiciones de “procedimiento de insolvencia” y “procedimiento extranjero” en las leyes modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia. En el comentario correspondiente se explica que no debe establecerse una distinción entre los “procedimientos provisionales” y otros procedimientos de insolvencia únicamente porque se les califique de provisionales y sean de índole provisional¹⁵. Si los procedimientos provisionales cumplen los requisitos establecidos en la lista acumulativa indicada más arriba, en el párrafo 8, se considerarán “procedimientos de insolvencia” conforme a los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia.

11. La misma prueba debería aplicarse a la “reestructuración” o a “cualquier otro procedimiento previo a la insolvencia que tenga un vínculo suficiente con la insolvencia”. Sería conveniente que se aclararan más esas referencias. Por ejemplo, pueden referirse a las negociaciones voluntarias de reestructuración mencionadas en la primera parte de la *Guía* entre los mecanismos para resolver las dificultades financieras de un deudor y en la segunda parte de la *Guía* en el contexto de los procedimientos de reorganización acelerados (véanse las recomendaciones 160 a 168). En la *Guía* se

¹⁰ Véase, p. ej., el glosario de la *Guía*, términos s) y u), que deben leerse juntos y también con la explicación que figura en la primera parte, párr. 2; la *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia (LMSI) (Guía para la incorporación)*, párr. 22, y la *Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (LMIT) (Guía para la incorporación y la interpretación)*, párr. 48.

¹¹ Véanse la *Guía para la incorporación*, párr. 49, y la *Guía para la incorporación y la interpretación*, párrs. 65 a 78.

¹² Véanse, p. ej., la *Guía para la incorporación*, párr. 22, y la *Guía para la incorporación y la interpretación*, párr. 48.

¹³ A/CN.9/1088, párr. 68.

¹⁴ A/CN.9/1088, párr. 65 f).

¹⁵ *Guía para la incorporación y la interpretación*, párr. 79.

explica que en las negociaciones voluntarias de reestructuración se suele tratar la reestructuración de la deuda contraída con prestamistas y otros acreedores institucionales, y también con importantes acreedores no institucionales cuando su participación es decisiva para la reestructuración, pero que en ellas no participan todas las categorías de acreedores. Las referencias que se sugiere hacer a la “reestructuración” o a “cualquier otro procedimiento previo a la insolvencia que tenga un vínculo suficiente con la insolvencia” también pueden abarcar las negociaciones oficiosas de reestructuración de la deuda que se prevén en las nuevas recomendaciones 374 a 376 aprobadas recientemente entre los mecanismos para evitar la insolvencia de las microempresas y pequeñas empresas. En la *Guía* se señala que, además, esas negociaciones suelen celebrarse con un número reducido de acreedores. Si bien en la *Guía* se reconoce que el éxito de los distintos tipos de negociaciones extrajudiciales de reestructuración de la deuda depende a menudo de la existencia de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente, también se subraya que esas negociaciones suelen celebrarse al margen del régimen de insolvencia. Los acuerdos o arreglos resultantes de esas negociaciones se rigen generalmente por el derecho de los contratos, el derecho de sociedades, el derecho mercantil o el derecho procesal civil o, en algunos casos, por la normativa bancaria.

12. Los “procedimientos de insolvencia”, según los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia, abarcan tanto la reorganización como la liquidación. En su 59º período de sesiones, el Grupo de Trabajo analizó si se justificaría elaborar dos conjuntos separados de normas jurídicas, uno aplicable a la liquidación y otro a la reorganización, en vista de que esos dos tipos de procedimientos de insolvencia planteaban problemas diferentes, especialmente en lo que se refería a la necesidad de utilizar bienes gravados y, por consiguiente, de hacer intervenir a los acreedores garantizados. Se consideró que sería suficiente con profundizar en esas cuestiones en un comentario del futuro texto¹⁶.

C. Norma supletoria con respecto a la ley aplicable en procedimientos de insolvencia: *lex fori concursus*

1. Significado de *lex fori concursus*

13. En la *Guía* se explica el término *lex fori concursus* como la ley del foro ante el que se haya abierto el procedimiento de insolvencia (glosario, término x)). En la frase introductoria de la recomendación 31 de la *Guía*, la *lex fori concursus* se reduce al “régimen de la insolvencia del Estado en el que se abre el procedimiento de insolvencia (*lex fori concursus*)”. En su 59º período de sesiones, el Grupo de Trabajo acordó interpretar el término “régimen de la insolvencia” que figuraba en el encabezamiento de la recomendación 31 en sentido amplio, de modo que abarcara otras leyes que tuvieran un vínculo suficiente con la insolvencia. Se consideró suficiente precisar esa interpretación amplia en un comentario modificado de esa disposición que pudiera elaborarse a su debido tiempo. Al respecto, se hizo referencia concretamente a las disposiciones del derecho de sociedades que establecían las obligaciones y responsabilidades de los directores y al criterio adoptado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia (LMSI)¹⁷.

14. Dos aspectos pueden ser pertinentes en tal sentido: a) la frase “que se haya dictado como consecuencia de un procedimiento de insolvencia o esté sustancialmente vinculada a un procedimiento de insolvencia”, que forma parte de la definición de “sentencia relacionada con un caso de insolvencia” (art. 2 d) i) a) de la LMSI), y b) las palabras “una ley relativa a la insolvencia”, que figuran en la definición de “procedimiento de insolvencia” (art. 2 a) de la LMSI). Según los antecedentes de la redacción de la definición de “sentencia relacionada con un caso de insolvencia” que figura en la LMSI¹⁸, la frase mencionada en el apartado a) anterior se prefirió a la frase “que se derive directamente de un procedimiento de insolvencia y esté estrechamente vinculada a un procedimiento de insolvencia”, como solución de avenencia a efectos

¹⁶ A/CN.9/1088, párr. 89.

¹⁷ A/CN.9/1088, párrs. 63 y 68.

¹⁸ Véase, p. ej., A/CN.9/903, párrs. 68 a 73 y 77, y A/CN.9/931, párr. 17 b).

específicos de la LMSI¹⁹. En términos comparativos, la expresión “una ley relativa a la insolvencia” se utiliza también en otros textos de la CNUDMI sobre la insolvencia²⁰. La elección de esa formulación en las leyes modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia se explica por el hecho de que la liquidación y la reorganización podrían llevarse a cabo con arreglo a un régimen legal que no se considere parte del régimen de la insolvencia (p. ej., el derecho de sociedades), pero que no obstante regule o contemple cuestiones relacionadas con la insolvencia o situaciones de graves dificultades financieras. El objetivo era hallar una descripción suficientemente amplia que abarcara diversas normas sobre la insolvencia, independientemente del tipo de instrumento legislativo del que formarían parte y de si este contenía normas relacionadas exclusivamente con la insolvencia²¹. La elección de esa formulación en la *Guía* en el contexto de las obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia (incluidos los grupos de empresas) se explica por el hecho de que las obligaciones y responsabilidades de los directores pueden estar previstas en diferentes leyes, entre ellas normas del derecho de sociedades y del régimen de la insolvencia, y es necesario conciliar las posibles superposiciones y conflictos entre esas leyes en el período cercano a la insolvencia del deudor²².

15. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si, a la luz de las consideraciones anteriores, la incongruencia que existe entre la explicación del término *lex fori concursus* en el glosario y la que figura en la recomendación 31 debería conciliarse en las disposiciones legislativas. El Grupo de Trabajo quizás desee también aclarar los elementos que deberían incluirse en un comentario, mencionando las cuestiones planteadas en los párrafos 14 a 16 del documento [A/CN.9/WG.V/WP.176](#), en particular si se desea reflejar las normas del derecho internacional privado del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia.

2. Reforzar la aplicación de la *lex fori concursus* y aclarar su alcance

16. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta que, en consonancia con la recomendación 31 de la *Guía*, la *lex fori concursus* se aplicaría a todos los aspectos del procedimiento de insolvencia y a sus efectos, salvo disposición expresa en contrario. Al respecto, el Grupo de Trabajo quizás desee recordar que, en su 59º período de sesiones, se expresó la opinión de que la convergencia observada en las normas del derecho sustantivo en materia de insolvencia debería hacer menos problemática la aplicación de la *lex fori concursus* a los procedimientos de insolvencia²³.

17. En su 59º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó las siguientes sugerencias para aclarar el alcance de la *lex fori concursus*: a) ampliar la enumeración ilustrativa que figuraba en la recomendación 31; b) precisar el contenido de algunas de las cuestiones ya mencionadas en esa enumeración, eliminando cualquier ambigüedad en cuanto a si la *lex fori concursus* sería aplicable a los aspectos que se hubieran precisado; c) supeditar la aplicación de la *lex fori concursus* a determinadas condiciones en lo que se refería a algunos apartados de la enumeración (anulación y compensación (apartados g) e i)); d) sustituir la *lex fori concursus* por otra ley, en particular con respecto a los derechos reales (cuestión que se analizó en relación con el tratamiento de los acreedores garantizados (apartado j) de la lista), y e) aclarar la interacción de la *lex fori concursus* con la ley del Estado que otorgaba el reconocimiento. Esas sugerencias se exponen a continuación junto con los apartados pertinentes de la recomendación 31 (las remisiones que figuran entre paréntesis corresponden a las recomendaciones de la *Guía* que se refieren a las cuestiones mencionadas en esos apartados).

¹⁹ Véase la *Guía para la incorporación*, párr. 21.

²⁰ Véanse, p. ej., el art. 2 a) de la LMIT; el art. 2 h) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas (LMIGE), y la *Guía* (recomendaciones y nota 6 de pie de página de la cuarta parte, y recomendación 372 de la quinta parte).

²¹ Véase, p. ej., la *Guía para la incorporación y la interpretación*, párr. 73.

²² Véase la cuarta parte, primera sección, Contexto, párr. 11.

²³ [A/CN.9/1088](#), párr. 86.

18. No se formularon observaciones con respecto a otros apartados de la enumeración, a saber: apartado a), determinación de los deudores que pueden quedar sujetos a un procedimiento de insolvencia (véanse las recomendaciones 8 a 13 y 292 de la *Guía*); apartado b), definición del momento en que se puede abrir el procedimiento de insolvencia y el tipo de procedimiento que se puede abrir, la parte que puede pedir la apertura del procedimiento, y si los criterios de apertura del procedimiento deben ser diferentes según la parte que la solicite (véanse las recomendaciones 14 a 29, 293 a 297 y 304 de la *Guía*); apartado e), utilización o enajenación de los bienes (véanse las recomendaciones 52 a 62 de la *Guía*); apartado f), propuesta, aprobación, confirmación y ejecución de un plan de reorganización (véanse las recomendaciones 139 a 159 y 338 a 353 de la *Guía*); apartado m), funciones de los acreedores y del comité de acreedores (véanse las recomendaciones 126 a 136 de la *Guía*); apartado p), costas y gastos relativos al procedimiento de insolvencia (véanse las recomendaciones 26, 125 y 280 de la *Guía*); apartado q), distribución del producto (véanse las recomendaciones 191 a 193 y 334 de la *Guía*); apartado r), conclusión del procedimiento (véanse las recomendaciones 197, 198 y 362 de la *Guía*), y apartado s), exoneración (véanse las recomendaciones 194 a 196 y 354 a 361 de la *Guía*). Por lo tanto, puede considerarse que no habrá objeciones a que se enumeren esas cuestiones en las disposiciones legislativas como ejemplos de aspectos de los procedimientos de insolvencia que se regirán por la *lex fori concursus*.

Apartado c). Constitución y magnitud de la masa de la insolvencia (véanse las recomendaciones 35 a 38 y 313 a 315 de la *Guía*)

19. En el 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo se consideró útil reforzar la aplicación de la *lex fori concursus* al tratamiento de los bienes digitales, los derechos de propiedad intelectual y las licencias en los procedimientos de insolvencia como parte de la masa de la insolvencia del deudor²⁴. En ese contexto, se recordaron las especificidades de esos bienes (en particular, las dificultades para localizarlos y determinar la jurisdicción). El Grupo de Trabajo tal vez desee observar que, si bien la *Guía* no contiene ninguna referencia a los “bienes digitales” o a las “licencias”, menciona expresamente los derechos de propiedad intelectual cuando describe los “bienes inmateriales” que forman parte de la masa de la insolvencia²⁵. El Grupo de Trabajo quizás desee considerar que los bienes digitales y las licencias estarían comprendidos en la misma categoría y deberían recibir el mismo tratamiento.

Apartado d). Protección y conservación de la masa de la insolvencia (véanse las recomendaciones 39 a 51 y 317 y 318 de la *Guía*)

20. Este apartado abarca las medidas provisionales, la paralización del procedimiento, las excepciones a la paralización, la protección frente a una disminución del valor de los bienes gravados, y la excepción o exención de la aplicación de las medidas provisionales o de los efectos de la paralización. La “paralización del procedimiento” se aplicaría a los procedimientos judiciales, administrativos o arbitrales y a otras acciones individuales referentes a los bienes, derechos, obligaciones o deudas del deudor, incluidas las acciones para hacer eficaces frente a terceros las garantías reales o para ejecutar una garantía real. También se aplicaría a cualquier medida ejecutiva contra los bienes de la masa de la insolvencia, a la resolución de todo contrato en el que el deudor fuera parte (incluidas las cláusulas de extinción y aceleración automáticas del contrato (cláusulas *ipso facto*) (véase el apartado h) *infra*)) y a la enajenación, gravamen u otro acto de disposición de cualesquiera bienes o derechos de la masa de la insolvencia²⁶.

21. En su 59º período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó las dificultades prácticas que existían para hacer cumplir una paralización de los procedimientos en el plano internacional, en particular cuando se trataba de acciones de ejecución entabladas por acreedores garantizados contra bienes gravados que no estaban situados ni en el Estado en que se había abierto el procedimiento de insolvencia ni en el Estado que lo

²⁴ A/CN.9/1088, párr. 91.

²⁵ Véanse las recomendaciones 35 a 38 y los comentarios respectivos.

²⁶ Véanse el glosario de la *Guía*, término rr), y la recomendación 46 y sus notas a pie de página.

había reconocido²⁷. Esas dificultades prácticas podrían resolverse solo hasta cierto punto con la paralización y otras medidas previstas en las leyes modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia, ya que el alcance, la duración, la modificación, la suspensión o el fin de la paralización y otras medidas en el Estado que otorgue el reconocimiento se determinan conforme a lo dispuesto en las leyes de ese Estado, y no de acuerdo con la *lex fori concursus*. Así pues, el alcance de la paralización y otras medidas en el Estado en que se abre el procedimiento de insolvencia puede ser diferente al alcance que tienen en el Estado que otorgue el reconocimiento. A menudo surgen diferencias, en particular en lo que respecta a las excepciones relativas a los créditos garantizados, a los pagos efectuados por el deudor en el giro normal de su negocio, a compensaciones o a la ejecución de derechos reales. Se invitó al Grupo de Trabajo, en su 59º período de sesiones, a que examinara esas cuestiones a su debido tiempo²⁸.

22. En los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia se reconocen esas dificultades prácticas, en particular en el contexto del arbitraje internacional debido a su independencia relativa del orden jurídico interno del Estado en que tiene lugar el proceso arbitral²⁹. En el 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se expresó apoyo a que se describieran en mayor detalle los efectos de la *lex fori concursus* en los procesos arbitrales sobre la base del comentario del artículo 20 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (LMIT). En ese comentario se señala que el artículo 20, párrafo 1 a), de la LMIT, al no hacer distinción entre los diversos tipos de acciones individuales, abarca también las acciones entabladas ante tribunales arbitrales. De ese modo, el artículo 20 limita con carácter imperativo la eficacia de un acuerdo de arbitraje. Esa limitación se suma a cualquier otra que pueda existir en el derecho interno por la que se restrinja la libertad de las partes para someter su controversia a arbitraje (p. ej., limitaciones en cuanto a la materia arbitrable o a la capacidad para celebrar un acuerdo de arbitraje).

23. Al examinar más a fondo estas cuestiones, el Grupo de Trabajo podría analizar si los efectos de la *lex fori concursus* en los procesos arbitrales se extienden más allá de la aplicación de la paralización del procedimiento y si otros efectos similares se extenderían también a los juicios en trámite. En ese contexto, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta que en uno de los textos examinados se establece que los efectos del procedimiento de insolvencia sobre un proceso judicial o arbitral en trámite que se refiera a un bien o derecho que forme parte de la masa de la insolvencia del deudor se regirán únicamente por la ley del Estado en el que se esté tramitando el proceso judicial o en el que tenga su sede el tribunal arbitral³⁰. Al respecto cabe señalar lo siguiente: a) según las recomendaciones 47 (última oración) y 318 a) de la *Guía*, y también según el artículo 20, párrafo 3, de la LMIT, quedan excluidas de la aplicación de la paralización las acciones o procedimientos individuales que sean necesarios para preservar un crédito contra el deudor, y b) el interés de las partes puede ser una razón para que se deje proseguir un proceso arbitral, posibilidad prevista en las disposiciones que permiten la exención de los efectos de la paralización (art. 20, párr. 2, de la LMIT y su respectivo comentario, y recomendaciones 49 y 317 de la *Guía*).

Apartado g). Anulación de ciertas operaciones que podrían ser perjudiciales para determinadas partes (véanse las recomendaciones 87 a 99 y 316 de la *Guía*)

24. En su 59º período de sesiones, el Grupo de Trabajo escuchó diferentes opiniones sobre la conveniencia de proteger una operación para que no pudiera anularse con arreglo a la *lex fori concursus* si esa operación se regía por una ley distinta de la *lex fori concursus* y esa otra ley no permitía que se impugnara dicha operación por ningún medio en ese caso concreto³¹. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar ese aspecto más a fondo, recordando las cuestiones planteadas en el párrafo 25 del documento [A/CN.9/WG.V/WP.176](#), los párrafos 26 y 27 del informe del Coloquio ([A/CN.9/1060](#))

²⁷ [A/CN.9/1088](#), párr. 86.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Véanse, p. ej., la nota 20 a pie de página de la recomendación 46 de la *Guía*, que remite al art. 20 de la LMIT, y la *Guía para la incorporación y la interpretación*, párr. 180.

³⁰ Véase el art. 18 del texto refundido del REI.

³¹ [A/CN.9/1088](#), párr. 83 y su nota a pie de página con referencia al art. 16 del texto refundido del REI.

y una salvaguardia prevista en uno de los textos examinados que tiene por objeto impedir abusos en lo que respecta a la elección de la ley aplicable cuando la *lex fori concursus* ofrece protección contra la anulación³².

25. Cabe esperar que cualquier apartamiento del criterio que se adoptó respecto de la anulación cuando se elaboró el proyecto de guía esté justificado, por ejemplo, por el surgimiento de nuevas necesidades o prácticas. El Grupo de Trabajo tal vez desee recordar en ese contexto una opinión expresada en el 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo según la cual, si bien en los párrafos 89 y 90 del comentario de las recomendaciones 30 a 34 de la *Guía* se señalaba que existían criterios diferentes en cuanto a la forma de determinar la ley que regía la anulación de operaciones y se mencionaban los principios en que se basaban esos criterios, no se explicaba claramente por qué entre las excepciones a la *lex fori concursus* no figuraba la anulación³³.

Apartado h). Tratamiento de los contratos (véanse las recomendaciones 69 a 86 de la *Guía*)

26. En el 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo se expresó apoyo a que se agregara una referencia a las cláusulas *ipso facto* en el apartado h) o en otro apartado³⁴. La *Guía* aborda las cláusulas *ipso facto* en las recomendaciones 70 y 71, en las que se hace referencia a ellas como cláusulas de extinción y aceleración automáticas y se describen como toda cláusula contractual por la que se estipule la extinción o la aceleración automáticas de un contrato en cualquiera de los siguientes casos: a) cuando se presente una solicitud de apertura o se inicie un procedimiento de insolvencia, o b) cuando se nombre un representante de la insolvencia. Como se explicó más arriba en relación con el apartado d), la paralización del procedimiento se aplicaría a esas cláusulas de conformidad con la *Guía*. En la *Guía* también se prevé la inoponibilidad de esas cláusulas frente al representante de la insolvencia y al deudor, con algunas excepciones (p. ej., contratos financieros, contratos de servicios *intuitu personae*) o a reserva de la aplicación de normas especiales (contratos de trabajo).

27. Además, en lo que respecta a este apartado, se hizo referencia al artículo 11 del texto refundido del REI, que prevé un tratamiento especial para los contratos relativos a bienes inmuebles, en particular que los efectos del procedimiento de insolvencia en un contrato que otorgue un derecho de adquisición o de uso de un bien inmueble se regularán exclusivamente por la ley del Estado en cuyo territorio esté situado el inmueble³⁵.

Apartado i). [Tratamiento de la] Compensación (véase la recomendación 100 de la *Guía*)

28. En el 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo se expresó apoyo a la idea de insertar las palabras “el tratamiento de” al comienzo del apartado i), para que quedara más claro que el apartado se refería principalmente a la posibilidad de invocar la compensación y en qué condiciones conforme al régimen de la insolvencia, y no en aspectos de la compensación previstos en otras leyes (p. ej., en las normas del derecho de los contratos o de los bienes)³⁶.

29. Además, el Grupo de Trabajo escuchó diferentes puntos de vista sobre la ley que debía prevalecer en lo relativo al derecho de los acreedores a exigir la compensación de

³² Véase la regla 23 de las Reglas Generales (que debe leerse junto con la regla 22 de las Reglas Generales, que es similar al art. 16 del texto refundido del REI). La salvaguardia establece que la exención de los efectos de la norma sobre anulación de la ley del Estado en que se haya abierto el procedimiento de insolvencia no se aplica si se demuestra que el Estado por cuya ley se rige la operación no tiene ninguna relación sustancial con las partes ni con la operación, y si no existe ningún otro fundamento razonable que justifique la elección de la ley de ese Estado como ley que regirá la operación en cuestión. Corresponde a la parte que afirma que se cumplen esas condiciones, respecto de una operación en particular, demostrar que dichas condiciones se cumplen efectivamente en el caso en cuestión.

³³ A/CN.9/1088, párr. 78.

³⁴ A/CN.9/1088, párr. 65 a).

³⁵ A/CN.9/1088, párr. 83 y su nota a pie de página, que remite al art. 11 del texto refundido del REI.

³⁶ A/CN.9/1088, párr. 65 b).

sus créditos con los de un deudor³⁷. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar más a fondo ese aspecto, recordando las cuestiones planteadas en el párrafo 24 del documento [A/CN.9/WG.V/WP.176](#) y una salvaguardia prevista en uno de los textos examinados³⁸. También podría tener presente que en la recomendación 100 de la *Guía* se establece que el régimen de la insolvencia debería amparar todo derecho general de compensación que exista en virtud de cualquier normativa legal distinta del régimen de la insolvencia y que haya nacido antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, a reserva de lo que prevean las disposiciones sobre la anulación.

Apartado j). Tratamiento de los acreedores garantizados³⁹

30. Este apartado abarca las disposiciones de la *Guía* que tratan de los siguientes aspectos: a) la aplicación de la paralización de los procedimientos a los acreedores garantizados (véanse, p. ej., las recomendaciones 46 b) y 49); b) la protección de los acreedores garantizados frente a la disminución del valor de los bienes gravados (véanse, p. ej., las recomendaciones 50 a 67); c) la posibilidad de anular una garantía real (recomendación 88); d) si los acreedores garantizados están obligados a presentar sus créditos en el procedimiento de insolvencia (recomendación 172), y e) la prelación de los créditos garantizados, en particular de aquellos que puedan tener un mayor grado de prelación que los créditos garantizados (recomendación 188). En el 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo, este apartado se examinó en el contexto más amplio del tratamiento de los derechos reales en los procedimientos de insolvencia⁴⁰.

31. En los textos de la CNUDMI no se definen los derechos reales. En algunos casos, los textos se refieren a determinados derechos como derechos reales (*in rem*) que son oponibles a terceros, o a derechos sobre un bien (derechos reales) en contraposición a los derechos personales (derechos *ad personam*)⁴¹. En el comentario del artículo 32 de la LMIT se señala que la expresión “créditos garantizados” se utiliza para hacer referencia en general a los créditos garantizados por determinados bienes, mientras que la expresión “derechos reales” se utiliza para aludir a derechos que recaen sobre determinados bienes y que además son oponibles a terceros. En el comentario se reconoce que es posible que determinados derechos correspondan a ambas categorías, según cuál sea la clasificación o la terminología de la ley aplicable, y se invita a los Estados promulgantes a emplear otro u otros términos para expresar esos conceptos⁴².

32. En algunos textos, si bien la calificación de un derecho como derecho real se deja en manos del derecho interno, se ofrece, a título de ejemplo, una lista de derechos reales, en particular los siguientes: a) el derecho a realizar o a que se realice el bien y a ser pagado con el producto o los rendimientos de dicho bien, en particular, en virtud de prenda o hipoteca; b) el derecho exclusivo a cobrar un crédito, en particular, el derecho garantizado por una prenda sobre el crédito o por la cesión de dicho crédito a título de garantía; c) el derecho a reivindicar el bien o a reclamar su restitución a cualquiera que lo posea o utilice en contra de la voluntad de su titular; d) el derecho real a percibir los frutos de un bien, y e) el derecho, inscrito en un registro público y oponible a terceros, que permita obtener un derecho real de acreedores o de terceros⁴³.

³⁷ [A/CN.9/1088](#), párr. 83 y su nota a pie de página, que remite al art. 9 del texto refundido del REI.

³⁸ Véase la regla 18 de las Reglas Generales (que debe leerse junto con la regla 17 de las Reglas Generales, que es similar al art. 9 del texto refundido del REI). La salvaguardia establece que la norma que otorga prioridad a la ley aplicable al crédito del deudor insolvente no se aplicará si la ley del Estado que hayan elegido las partes no tiene ninguna relación sustancial con las partes ni con la operación, y si no existe ningún otro fundamento razonable que respalde la elección realizada por las partes; y que, a falta de elección expresa por las partes, la ley aplicable al crédito del deudor insolvente será la del Estado en que se haya abierto el procedimiento de insolvencia principal.

³⁹ A lo largo de la *Guía* se pueden encontrar recomendaciones y otras disposiciones a este respecto. En el anexo I de la *Guía* se hace referencia a ellas. El capítulo XII de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas* también podría utilizarse como fuente de consulta.

⁴⁰ [A/CN.9/1088](#), párr. 65 c).

⁴¹ Véase, p. ej., el párr. 470 de la *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias* o el párr. 17 de la introducción de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas*.

⁴² *Guía para la incorporación y la interpretación*, párr. 241.

⁴³ Véanse, p. ej., el art. 8 del texto refundido del REI y la regla 15 de las Reglas Generales.

33. En su 59º período de sesiones, el Grupo de Trabajo escuchó diferentes puntos de vista sobre los criterios aplicables al tratamiento de los derechos reales en los procedimientos de insolvencia, uno de los cuales era someter los derechos reales a la *lex fori concursus*, mientras que otro era eximir a los derechos reales de los efectos de cualquier procedimiento de insolvencia, salvo las acciones de anulación. En uno de los textos examinados, este último criterio va acompañado de una salvaguardia destinada a evitar un uso abusivo de las jurisdicciones que ofrecen un refugio para ocultar bienes⁴⁴. En vista de las ventajas e inconvenientes de esos criterios, se expresó apoyo a que se encontrara un término medio, que podría consistir, por ejemplo, en someter los derechos reales a los efectos del régimen de la insolvencia del Estado en que estuviera situado el bien (*lex rei situs*; véase el glosario, término y))⁴⁵.

34. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar más a fondo esos aspectos, recordando las cuestiones planteadas en el documento A/CN.9/WG.V/WP.176 y teniendo en cuenta, en particular, que la propuesta de incluir una excepción a la *lex fori concursus* para los derechos reales no recibió apoyo suficiente cuando se preparó la *Guía*⁴⁶. Cabe esperar que cualquier apartamiento del criterio que se adoptó en cuanto al tratamiento de los derechos reales cuando se elaboró el proyecto de guía esté justificado, por ejemplo, por el surgimiento de nuevas necesidades o prácticas. Además, cabe esperar que los criterios que se adopten estén en consonancia con otros textos de la CNUDMI, entre ellos la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas*, que se elaboró de forma paralela a la *Guía* y que reafirma la aplicación de la *lex fori concursus* a las garantías mobiliarias⁴⁷.

35. En el 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que se estableciera expresamente en las disposiciones legislativas que la apertura de un procedimiento de insolvencia no desplazaría las normas generales sobre conflictos de leyes anteriores a la insolvencia que fueran aplicables a la constitución y la oponibilidad a terceros de una garantía mobiliaria⁴⁸. La secretaría hace notar que las disposiciones a tal efecto figuran en el artículo 94 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias y en la recomendación 223 de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas*.

Apartados k) y l). Derechos y obligaciones del deudor (véanse las recomendaciones 108 a 114, 284 a 287, 289 y 290 de la *Guía*) y **Obligaciones y funciones del representante de la insolvencia** [u otro profesional independiente] (véanse las recomendaciones 115 a 125 y 278 de la *Guía*)

36. En el 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo se señaló que se planteaban dificultades en la práctica debido a la aplicación del artículo 24 de la LMIT, que autorizaba al representante extranjero, tras el reconocimiento del procedimiento extranjero que representaba y conforme a las condiciones exigidas por el derecho interno del Estado que había otorgado el reconocimiento, a intervenir en todo procedimiento tramitado en dicho Estado en que el deudor fuese parte. Se consideró necesario que se aclarara si prevalecería la *lex fori concursus* o la ley del Estado que otorgara el reconocimiento con respecto al poder de representación legal y otras cuestiones pertinentes⁴⁹. Como se explicó en el período de sesiones, los problemas

⁴⁴ Véase la regla 16 de las Reglas Generales (que debe leerse junto con la regla 15 de las Reglas Generales, que es similar al art. 8 del texto refundido del REI). La salvaguardia impide que los derechos reales queden eximidos de los efectos del procedimiento de insolvencia si se demuestra que el Estado en el que están situados los bienes no tenía, en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia, ninguna relación sustancial con las partes ni con la operación respecto de la cual se constituyó la garantía real, y si no existe ningún otro fundamento razonable que explique el hecho de que los bienes estén situados allí. Corresponde a la parte que afirma que se cumplen esas condiciones, respecto de una garantía mobiliaria en particular, demostrar que dichas condiciones se cumplen efectivamente en el caso en cuestión.

⁴⁵ A/CN.9/1088, párr. 65 c).

⁴⁶ Véanse los párrs. 9, 10, 22 y 23 del documento A/CN.9/WG.V/WP.176 a ese respecto.

⁴⁷ Véanse la recomendación 223 y el capítulo X, párrs. 80 a 82. El comentario del art. 94 de la *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias* (párr. 500) remite a esa recomendación y a la recomendación 31 de la *Guía*.

⁴⁸ A/CN.9/1088, párr. 87 a).

⁴⁹ A/CN.9/1088, párr. 82.

surgían debido al diferente tratamiento que recibía el deudor en las distintas jurisdicciones una vez que se iniciaba el procedimiento de insolvencia o se reconocía un procedimiento de insolvencia extranjero. En algunas jurisdicciones, el deudor podía conservar su legitimación en el procedimiento en el que era parte, lo que podía entrar en conflicto con la *lex fori concursus* si esta solo otorgaba legitimación al representante de la insolvencia.

37. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar esas cuestiones, teniendo en cuenta que en el comentario del artículo 24 de la LMIT se explica que la finalidad de ese artículo es evitar que se niegue legitimación al representante extranjero para intervenir en el procedimiento únicamente porque la ley procesal del Estado que otorgó el reconocimiento pueda no haber previsto que el representante extranjero fuera una de las personas legitimadas para hacerlo⁵⁰. En todos los demás aspectos, se aplicaría la ley local.

Apartado n). Tratamiento de los créditos (recomendaciones 169 a 184, 305 y 319 a 325 de la *Guía*)

38. Este apartado abarca la determinación de los créditos que pueden o deben presentarse; el tratamiento que habrá de darse a esos créditos; los mecanismos de presentación, verificación y admisión de créditos; el examen de los créditos litigiosos y la igualdad de trato a los acreedores que tengan un grado de prelación similar. El apartado abarca también el tratamiento de los créditos posteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia, que se contempla a lo largo de la *Guía* (p. ej., en el contexto de la financiación posterior a la apertura del procedimiento).

39. En el 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo se expresó apoyo a que se incluyeran expresamente esos aspectos en el apartado y, además, a que se mencionaran los derechos que tendrían los acreedores después de la clausura del procedimiento de insolvencia⁵¹. Tal vez sea necesario aclarar esta última sugerencia, ya que puede influir en otros apartados de la enumeración (p. ej., el apartado f), sobre la ejecución de un plan de reorganización, y el s), relativo a la exoneración).

Apartado o). Clasificación de los créditos (véanse las recomendaciones 185 a 189 de la *Guía*)

40. En el 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo se plantearon cuestiones relacionadas con la clasificación de los créditos locales y extranjeros⁵². El Grupo de Trabajo quizás desee observar, a ese respecto, que en el párrafo 84 del comentario de las recomendaciones 30 a 34 de la *Guía* se recomienda tratar un crédito como ordinario cuando no se pueda establecer la equivalencia. Los créditos que, a la luz de su contenido esencial y su función, se correspondan entre sí hasta el punto de poder considerarse “funcionalmente intercambiables”, deberán considerarse equivalentes y recibir el mismo tratamiento en el procedimiento de insolvencia. El Grupo de Trabajo podría estudiar si esta cuestión queda comprendida en el alcance del proyecto y, en caso afirmativo, si debería darse más orientación al respecto.

[Apartado s bis). Responsabilidad de los directores del deudor por las medidas adoptadas cuando el deudor era insolvente o en el período cercano a la insolvencia, y acciones judiciales relacionadas con esa responsabilidad que puedan ser entabladas por la masa de la insolvencia del deudor o por el representante de esta] (véanse la cuarta parte y la recomendación 372 de la *Guía*)

41. En el 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo se expresó apoyo a que se añadiera una referencia a las obligaciones y responsabilidades de los directores entre las cuestiones enumeradas⁵³. Sin embargo, se hizo hincapié en que solo procedería agregar esa referencia si se ajustaba a la cuarta parte de la *Guía*. En la cuarta parte se señala que en ella se centra la atención en las obligaciones de los directores que podrían incluirse

⁵⁰ *Guía para la incorporación y la interpretación*, párr. 204.

⁵¹ A/CN.9/1088, párr. 65 d). Pueden encontrarse cuestiones similares en el texto refundido del REI, art. 7 g), h) y k), respectivamente.

⁵² A/CN.9/1088, párr. 66 b).

⁵³ A/CN.9/1088, párr. 65 e).

en la ley relativa a la insolvencia y ser exigibles una vez iniciado un procedimiento de insolvencia (es decir, se excluye la responsabilidad de los directores en el ámbito del derecho penal, el derecho de la responsabilidad civil extracontractual o las normas generales del derecho de sociedades que no guarden relación con la insolvencia)⁵⁴. A pesar del acuerdo alcanzado con respecto a la interpretación amplia del término “régimen de la insolvencia” en la oración introductoria de la recomendación 31, se consideró que no debería ser necesario modificar más la enumeración⁵⁵.

42. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar esa sugerencia más a fondo, a la luz de las cuestiones planteadas en los párrafos 8 a 15 del presente documento, entre ellas la cuestión de si debería añadirse un nuevo apartado sobre este asunto y, en caso afirmativo, si la redacción del apartado *s bis*) propuesta más arriba es aceptable.

[Apartado *s ter*). [Reestructuración] [Régimen legal de la reestructuración]]

43. En el 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo se expresó apoyo a que se agregara una referencia a la reestructuración o al régimen legal de la reestructuración. Como alternativa, se sugirió la posibilidad de explicar en un comentario que los términos “régimen de la insolvencia” y “procedimiento de insolvencia” que figuraban en el párrafo introductorio abarcaban los aspectos relativos a la reestructuración⁵⁶. El Grupo de Trabajo tal vez desee analizar estas sugerencias a la luz de las cuestiones planteadas en los párrafos 8 a 15 del presente documento.

[Apartado *s quater*). Daños y responsabilidades ambientales]

44. En el 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que se incluyeran expresamente los aspectos medioambientales en el ámbito de aplicación de la *lex fori concursus* en vista de la evolución más reciente de la jurisprudencia⁵⁷. Las cuestiones que se plantean en relación con los daños y las responsabilidades ambientales en caso de insolvencia son polifacéticas y afectan a varios apartados de la enumeración actual (en particular, la constitución y la magnitud de la masa de la insolvencia, la paralización de los procedimientos, la utilización o enajenación de los bienes, el tratamiento de los créditos, el tratamiento de los contratos, los derechos y obligaciones del deudor, las obligaciones y funciones del representante de la insolvencia (u otro profesional independiente) y la exoneración). Además, pueden rozar aspectos del derecho público, en particular del derecho internacional, y, por consiguiente, afectar a la aplicación de normas jurídicas imperativas e inderogables.

45. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si esos aspectos deberían añadirse expresamente y, en caso afirmativo, si deberían preverse por separado o junto con cualquier otra cuestión ya prevista en alguno de los apartados de la recomendación 31.

D. Excepciones a la *lex fori concursus*

1. Consideraciones generales

46. En consonancia con la recomendación 34 de la *Guía* y las deliberaciones del 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo, este podría considerar que las disposiciones legislativas deberían prever solamente un número reducido de excepciones a la *lex fori concursus* y que estas deberían enunciarse o indicarse claramente en la ley relativa a la insolvencia.

47. En ese contexto, el Grupo de Trabajo tal vez desee recordar que en su 59º período de sesiones, con referencia a la recomendación 34 de la *Guía*, se había sugerido que se indicara en las disposiciones legislativas que era posible que en leyes no relacionadas con la insolvencia también se previeran excepciones a la *lex fori concursus*⁵⁸. El Grupo de Trabajo podría quizás estudiar esa sugerencia, teniendo en cuenta que en los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia se suele recomendar que se enuncien o señalen

⁵⁴ Véase Antecedentes, párr. 15.

⁵⁵ A/CN.9/1088, párr. 68.

⁵⁶ A/CN.9/1088, párr. 65 f).

⁵⁷ A/CN.9/1088, párr. 66 a).

⁵⁸ A/CN.9/1088, párr. 87 b).

claramente en la ley relativa a la insolvencia todas las disposiciones de otras leyes que repercutan en los procedimientos de insolvencia⁵⁹.

2. Sistemas de pago y liquidación y mercados financieros regulados

48. En su 59º período de sesiones, el Grupo de Trabajo consideró que, en vista de la evolución de los mercados financieros y la digitalización de los sistemas financieros, tendría que actualizarse la excepción a la *lex fori concursus* para los sistemas de pago o liquidación y los mercados financieros regulados prevista en la recomendación 32 de la *Guía*⁶⁰. Cuando examine más a fondo ese aspecto, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, como se mencionó en el párrafo 27 del documento [A/CN.9/WG.V/WP.176](#), la norma de derecho aplicable que figura en la recomendación 32 es complementaria de las normas sustanciales que figuran en las recomendaciones 101 a 107, que prevén un tratamiento especial para los contratos financieros y la compensación global por saldos netos en el ámbito de la insolvencia, eximiéndolos de los efectos de la paralización de los procedimientos, las cláusulas *ipso facto* y la anulación. Como se señaló en el Grupo de Trabajo, la mayoría de los textos recientes que regulan los contratos financieros y la compensación global por saldos netos se han alejado en cierta medida del criterio adoptado en las recomendaciones 101 a 107⁶¹. El Grupo de Trabajo tal vez desee recordar a ese respecto que había convenido en que era necesario actualizar esa parte de la *Guía*⁶².

49. Durante el examen de la recomendación 32, se plantearon preguntas con respecto a los términos utilizados en esa recomendación, en particular la referencia a los mercados financieros regulados. Cuando examine más a fondo esa excepción, el Grupo de Trabajo quizás desee tener presente que en los textos de la CNUDMI no se definen esos términos, aunque el uso de la palabra “regulado” no es infrecuente⁶³.

50. Para entender los términos empleados en la recomendación 32 puede ser de utilidad consultar el texto de las recomendaciones 101 a 107 de la *Guía* y sus respectivos comentarios, según el cual los sistemas y mercados que se pretende abarcar son sistemas y mercados multilaterales estrechamente integrados en los que la insolvencia de un participante podría producir un incumplimiento en cadena de una serie de operaciones de respaldo mutuo que posiblemente pondría en dificultades financieras a otros participantes en el sistema o en el mercado y, en el peor de los casos, conduciría al colapso financiero de otras partes, e incluso de instituciones financieras reguladas. La inclusión de la palabra “regulado” en la recomendación 32 puede indicar que la excepción se aplica, además de a los sistemas de pago y liquidación, solamente a los mercados financieros regulados, es decir, aquellos que estarían bajo la supervisión o el control de los organismos reguladores del Estado cuya legislación rige el funcionamiento del mercado. La función principal de esos organismos reguladores es proteger el interés público. Los mercados financieros regulados se diferencian así de los mercados financieros no regulados, que no están sujetos a esa supervisión o control, aunque algunos aspectos de su funcionamiento puedan estar regulados⁶⁴. Algunos consideran que este último tipo de mercados puede multiplicarse rápidamente, especialmente en el entorno digital.

51. Como se señaló en el párrafo 28 del documento [A/CN.9/WG.V/WP.176](#), en el artículo 12 del texto refundido del REI se establece la misma excepción, que se hace aplicable también a la anulación de los pagos u operaciones que se hayan realizado en esos sistemas o mercados. En ese ámbito, el texto refundido del REI hace referencia a los sistemas de pago o liquidación y a los mercados financieros, pero omite el calificativo “regulados”. En el considerando 71, que guarda relación con esas

⁵⁹ Véanse, p. ej., la recomendación 66 y su nota a pie de página a ese respecto.

⁶⁰ [A/CN.9/1088](#), párr. 71.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Véase [A/CN.9/WG.V/WP.176](#), párr. 27, que remite al informe del 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo ([A/CN.9/798](#), párrs. 26 y 30).

⁶³ Véanse, p. ej., el art. 2 b) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales y su respectivo comentario, y el art. 4, párr. 2 a), de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional.

⁶⁴ Véase, p. ej., Unregulated Financial Markets and Products – Financial Stability Board ([fsb.org](#)).

disposiciones, se señala la necesidad de otorgar una protección especial en el caso de los sistemas de pago y los mercados financieros, así como para las cesiones de valores y las garantías ofrecidas como parte de esas operaciones, y se indica que, para esas operaciones, solo debe ser determinante la ley aplicable al sistema o mercado de que se trate. Se señala, además, que dicha ley pretende evitar la posibilidad de que los mecanismos de pago y liquidación de las operaciones se vean alterados en caso de insolvencia de un socio comercial. También se señala, a ese respecto, que prevalecen las disposiciones especiales de la Directiva 98/26/CE, sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pago y de liquidación de valores. En dicha Directiva se define “sistema” como un acuerdo formal entre tres o más participantes, con normas comunes y disposiciones normalizadas para la ejecución de órdenes de transferencia entre los participantes, y se ponen de relieve los riesgos sistémicos a que se enfrentan dichos sistemas. Según algunos comentarios, el ámbito de aplicación del artículo 12 es más amplio que el de la Directiva, ya que abarca no solo los sistemas formales, sino todos los sistemas que están expuestos a los mismos riesgos sistémicos y que requieren un tratamiento uniforme previsto en una sola ley⁶⁵.

52. El Grupo de Trabajo podría estudiar esta excepción a la luz de esas consideraciones y del citado objetivo de proteger la certeza y la confianza general en el sistema o mercado que se pretende abarcar y reducir el riesgo sistémico al que se enfrentan dichos sistemas y mercados. En ese contexto, puede ser necesario determinar los efectos que tendría la aplicación de una ley diferente antes y después de la insolvencia de cualquier participante en esos sistemas o mercados sobre los mecanismos de pago y liquidación utilizados en ellos. Cabe esperar que cualquier apartamiento del criterio que se adoptó al redactar la recomendación 32 esté justificado, por ejemplo, por el surgimiento de nuevas necesidades o prácticas. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si, en el caso de que se mantuviera la excepción, la palabra “regulado” debería suprimirse o conservarse y, si se optara por lo segundo, si debería conservarse como un calificativo solo respecto de los “mercados financieros” o también de los “sistemas de pago y liquidación”.

3. Contratos de trabajo

53. En su 59º período de sesiones, el Grupo de Trabajo escuchó diferentes opiniones sobre si la aplicación de la excepción a la *lex fori concursus* debería ser incondicional en el caso de los contratos de trabajo⁶⁶, siguiendo el criterio adoptado en el artículo 13, párrafo 1, del texto refundido del REI. Cabe señalar que en el texto refundido del REI se hace referencia en ese contexto a los efectos del procedimiento de insolvencia sobre el contrato de trabajo y sobre la relación laboral, y en el considerando 72 se aclara que la referencia es a la continuación o terminación de la relación laboral, a los derechos y obligaciones de todas las partes que intervienen en dicha relación, y a la necesidad de obtener aprobación para poner fin a un contrato de trabajo, cuando ello se requiera. En el texto refundido del REI se deja en manos de la *lex fori concursus* la determinación de otros efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos de trabajo y las relaciones laborales, como la presentación, verificación, admisión y clasificación de créditos laborales (con excepción de los casos en que se contraen compromisos para evitar la apertura de un procedimiento de insolvencia secundario (se prevé que estos aspectos sean examinados por el Grupo de Trabajo en una etapa posterior))⁶⁷. La regla 20 de las Reglas Generales es similar al artículo 13, párrafo 1, del texto refundido del REI, pero en la regla 21 se deja en claro que la rescisión de los contratos de trabajo también quedaría comprendida en el ámbito de aplicación de la *lex fori concursus*⁶⁸.

54. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar esta excepción a la luz de los antecedentes de su redacción (A/CN.9/WG.V/WP.176, párrs. 29 y 30), en particular el objetivo de mantener la flexibilidad necesaria para poder tener en cuenta diferentes circunstancias. Se ha indicado que en algunas circunstancias puede ser necesario aplicar las normas del derecho laboral de una determinada jurisdicción, que no sería necesariamente la ley del Estado en que se haya abierto el procedimiento de insolvencia

⁶⁵ Brinkmann, pág. 149.

⁶⁶ A/CN.9/1088, párrs. 73 a 77.

⁶⁷ A/CN.9/1088, párr. 80.

⁶⁸ Véanse las notas de los compiladores sobre las reglas 20 y 21 de las Reglas Generales.

ni la ley elegida por las partes para que rija el contrato de trabajo. No se puede excluir la posibilidad de que deban aplicarse varias leyes a diferentes aspectos del contrato de trabajo (*dépeçage*). También son pertinentes en este contexto las demás salvaguardias que puede ofrecer la excepción de orden público que se examina a continuación, en la sección E. Cabe esperar que cualquier apartamiento del criterio que se adoptó al redactar la recomendación 33 esté justificado, por ejemplo, por el surgimiento de nuevas necesidades o prácticas.

E. Excepción de orden público y otras disposiciones

55. En consonancia con el criterio adoptado en otros textos de la CNUDMI sobre la insolvencia⁶⁹, en las disposiciones legislativas se podría incluir una excepción de orden público, que tendría por objeto permitir a los órganos judiciales del Estado promulgante no aplicar una ley extranjera si la aplicación de esa ley fuera manifiestamente contraria al orden público de ese Estado. Como se señaló en el 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo, la necesidad de incluir una disposición de esa índole dependería de la forma que adoptaran las disposiciones legislativas, y el Grupo de Trabajo la examinaría en una etapa posterior⁷⁰. En el supuesto de que se incluyera, el Grupo de Trabajo podría considerar que estaría en consonancia con la práctica de la CNUDMI de recomendar a los Estados que interpretaran la excepción en sentido estricto y restrictivo y la invocaran únicamente en circunstancias excepcionales concernientes a asuntos de importancia fundamental para el Estado promulgante⁷¹.

56. Según la forma que adopten finalmente las disposiciones legislativas, podría ser necesario considerar la posibilidad de incluir otras disposiciones a su debido tiempo, como disposiciones sobre la primacía de las obligaciones internacionales y sobre la interpretación de las disposiciones legislativas a la luz de su origen internacional y de la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe⁷².

⁶⁹ Véanse, p. ej., el art. 6 de la LMIT, el art.7 de la LMSI y el art. 6 de la LMIGE.

⁷⁰ [A/CN.9/1088](#), párr. 90.

⁷¹ Véase, p. ej., la *Guía para la incorporación y la interpretación*, párr. 104.

⁷² Véanse, p. ej., los arts. 3 y 8 de la LMSI.