



# Asamblea General

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

**Comisión de las Naciones Unidas para  
el Derecho Mercantil Internacional**  
**Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)**  
**61<sup>er</sup> período de sesiones**  
Viena, 12 a 16 de diciembre de 2022

## Ley aplicable en procedimientos de insolvencia

### Nota de la Secretaría

### Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción .....	2
II. Proyecto de disposiciones legislativas con su correspondiente comentario .....	2
A. Finalidad y objetivos .....	2
B. Ámbito de aplicación de las [disposiciones legislativas] .....	5
C. Definiciones .....	8
D. Excepción de orden público .....	10
E. Ley aplicable por defecto en procedimientos de insolvencia: <i>lex fori concursus</i> .....	11
F. Excepciones a la <i>lex fori concursus</i> : contratos de trabajo [y relaciones laborales] ...	22



## I. Introducción

1. En el programa provisional del 61<sup>er</sup> período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.V/WP.181) se proporciona 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 54<sup>o</sup> período de sesiones, celebrado en 2021<sup>1</sup>. Aunque en el 60<sup>o</sup> período de sesiones del Grupo de Trabajo (Nueva York, 18 a 21 de abril de 2022) prevaleció la opinión de que debería prepararse una ley modelo sobre el tema<sup>2</sup>, se consideró prematuro comenzar a redactar una ley modelo en vista de que había numerosas cuestiones pendientes<sup>3</sup>. El Grupo de Trabajo solicitó a la secretaría: a) que presentara un texto sobre los asuntos respecto de los cuales se hubiera llegado a un acuerdo en ese período de sesiones, en forma de proyecto de disposiciones legislativas con comentarios, y b) que presentara otro texto, con una forma diferente, que facilitara el examen de esas disposiciones legislativas y la solución de las cuestiones pendientes<sup>4</sup>. A fin de que las deliberaciones fueran coherentes y exhaustivas, se consideró que sería oportuno debatir también las cuestiones relativas a la insolvencia transfronteriza<sup>5</sup>.

2. Por consiguiente, en la presente nota figura un proyecto de disposiciones legislativas, acompañado de un proyecto de comentario, sobre las cuestiones respecto de las cuales se ha llegado a un acuerdo o ha surgido una opinión predominante. La secretaría sigue haciendo una referencia genérica a las “disposiciones legislativas”, aunque se ha utilizado la forma de ley modelo como hipótesis de trabajo. Puede ser necesario cambiar la presentación del contenido del proyecto de disposiciones legislativas y el comentario respectivo si se descarta esa hipótesis de trabajo. En particular, si se decide que las disposiciones legislativas formen parte de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia* (la “*Guía*”), habría que integrarlas adecuadamente en ella. Se puede adoptar un enfoque más neutral en un texto independiente o en un suplemento de una ley modelo (presumiblemente, de más de una ley modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia si se pretende abarcar las cuestiones relativas a la ley aplicable tanto en el contexto de un único deudor como en el de las empresas de un grupo), aunque en ese texto no se excluirían las remisiones a las disposiciones pertinentes de la *Guía*.

3. La secretaría señala aspectos específicos a la atención del Grupo de Trabajo en las notas de la secretaría que preceden al proyecto de disposiciones legislativas y al comentario, y también entre corchetes en el proyecto de texto y en las notas de pie de página. En una adición de la presente nota (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1) se exponen los asuntos que se dejaron pendientes para un examen ulterior y las cuestiones de interés para el proyecto que el Grupo de Trabajo no ha analizado todavía. Los textos que sirvieron de base para la redacción se citan en las notas de pie de página.

## II. Proyecto de disposiciones legislativas con sus comentarios

### A. Finalidad y objetivos

4. En su 60<sup>o</sup> período de sesiones, el Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con la finalidad y los objetivos del proyecto que se indicaban en los párrafos 5 a 7 del documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.179, y señaló que podría ser necesario complementarlos con otras finalidades y objetivos en etapas posteriores del proyecto<sup>6</sup>. La disposición legislativa que se propone a continuación, con su correspondiente

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

<sup>2</sup> A/CN.9/1094, párr. 66.

<sup>3</sup> *Ibid.*, párr. 98.

<sup>4</sup> *Ibid.*, párr. 99.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*, párr. 64.

comentario, refleja las deliberaciones que ha sostenido el Grupo de Trabajo sobre el tema hasta el momento.

5. La disposición legislativa propuesta se refiere a los objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente, tal como se exponen en la recomendación 1 de la *Guía*. El Grupo de Trabajo tal vez desee analizar si esa referencia genérica es suficiente, o si la disposición legislativa propuesta debería remitirse a esa recomendación, o si los objetivos más relevantes de los mencionados en esa recomendación deberían figurar en la propia disposición legislativa propuesta, por ejemplo: a) dar seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económicos; b) obtener el máximo valor posible de los bienes; c) tratar de manera equitativa a los acreedores que se encuentren en circunstancias similares; d) lograr una solución oportuna, eficiente e imparcial de la situación de insolvencia; e) preservar la masa de la insolvencia para que pueda efectuarse una distribución equitativa entre los acreedores, y f) garantizar un régimen de la insolvencia transparente y previsible.

## 1. Disposición legislativa propuesta

### Preámbulo<sup>7</sup>

La finalidad de [estas disposiciones legislativas] es establecer normas claras sobre la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia, incluso en los procedimientos paralelos que se tramiten con respecto a un solo deudor o a las empresas de un grupo, a fin de lograr los objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente y reducir el riesgo de que se busquen foros de conveniencia o se cometan otros actos en perjuicio de los acreedores y otras partes interesadas<sup>8</sup>.

## 2. Comentario propuesto<sup>9</sup>

1. Cuando el procedimiento de insolvencia afecta a partes o bienes situados en diferentes Estados pueden plantearse cuestiones complejas en cuanto a la ley que se aplicará al tratamiento de esos bienes y a los derechos y acciones de las partes extranjeras en esos procedimientos. Si bien es indudable que los aspectos procesales de los procedimientos de insolvencia se rigen por la ley del Estado en que se abren dichos procedimientos (la *lex fori concursus*), los aspectos sustantivos que entran en juego en los procedimientos de insolvencia, en particular el tratamiento de los contratos y los créditos, dan lugar a excepciones a la aplicación de dicha ley. La diversidad en cuanto al número y el alcance de esas excepciones puede generar incertidumbre e imprevisibilidad para las partes que intervienen en procedimientos de insolvencia transfronteriza. En algunas jurisdicciones, la legislación puede guardar silencio con respecto a la ley aplicable a esas cuestiones en los procedimientos de insolvencia o referirse a ella solo parcialmente, dando a los órganos judiciales un amplio margen de discrecionalidad para determinar la ley aplicable en cada caso.

2. La determinación de la ley aplicable se vuelve más difícil cuando tienen lugar simultáneamente varios procedimientos respecto del mismo deudor (p. ej., un procedimiento extranjero principal, un procedimiento extranjero no principal y un procedimiento de insolvencia que no es ni extranjero principal ni extranjero no principal, por ejemplo, un procedimiento abierto en el lugar de ubicación de los bienes del deudor (véase el art. 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (LMIT)). Además, el procedimiento extranjero, sea principal o no principal, puede ser objeto de un procedimiento de reconocimiento en un Estado requerido que aplicaría su propia ley a cuestiones tales como el alcance de las medidas automáticas resultantes del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal

<sup>7</sup> Si las disposiciones legislativas formaran parte de la *Guía*, este subtítulo sería “Finalidad de las disposiciones legislativas”.

<sup>8</sup> A/CN.9/1094, párrs. 62 a 64, y A/CN.9/WG.V/WP.179, párrs. 5 a 7.

<sup>9</sup> Véanse el párr. 80 del comentario de las recomendaciones 30 a 34 de la *Guía* y los informes del Grupo de Trabajo (A/CN.9/1088, párr. 57, y A/CN.9/1094, párrs. 62 a 64).

(LMIT, art. 20, párr. 2), las medidas discrecionales (arts. 19, párr. 1 c), y 21, párr. 1 g), de la LMIT), la asistencia adicional (LMIT, art. 7) y la asignación de bienes entre diferentes tipos de procedimientos (LMIT, art. 21, párr. 3, art. 23, párr. 2, art. 28 y art. 29 c)). En el contexto de la insolvencia de grupos de empresas, cuando no existe un reconocimiento generalizado de la personalidad jurídica independiente de un “grupo de empresas” ni disposiciones que faciliten la insolvencia de grupos de empresas como las previstas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas (LMIGE), pueden abrirse numerosos procedimientos de insolvencia simultáneos y otros procedimientos paralelos con respecto a diferentes empresas de un grupo o al grupo en su conjunto. En esos casos, cuando se abren procedimientos simultáneos o paralelos, surge la necesidad de aclarar y coordinar las leyes aplicables.

3. La finalidad principal de las [disposiciones legislativas] es ofrecer normas sencillas y claras sobre la ley aplicable en procedimientos de insolvencia que los Estados puedan incorporar a su derecho interno. Para ello, las [disposiciones legislativas]: a) establecen una norma general según la cual la ley del Estado de apertura de un procedimiento de insolvencia (la *lex fori concursus*) se aplicará a todos los aspectos de la apertura, la sustanciación, la administración y la conclusión de dicho procedimiento y a sus efectos sobre las personas, los derechos, los créditos y los procedimientos; b) aclaran el significado y el alcance de dicha ley; c) prevén unas pocas excepciones a esa norma; d) delimitan el alcance de cada excepción y especifican cuándo será aplicable cada una de ellas, y e) aclaran cuál será la ley aplicable en los procedimientos paralelos que se inicien respecto de un solo deudor o de empresas de un grupo.

4. La adhesión al marco sugerido en [las disposiciones legislativas] ayudaría a subsanar el problema de la existencia de normas y criterios legislativos divergentes, fragmentados e incompletos sobre la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia. Se espera que esto, a su vez: a) aumente la certeza y la previsibilidad de los resultados de los procedimientos de insolvencia en lo que respecta a los derechos y créditos de las partes afectadas por esos procedimientos; b) aumente la eficiencia y la eficacia de los procedimientos de insolvencia mediante la reducción de las complejidades y los costos; c) mejore la coordinación de los procedimientos de insolvencia con los aspectos transfronterizos, y d) fomente el comercio y la inversión. [Los efectos previstos de las disposiciones legislativas en la consecución de otros objetivos de un régimen de insolvencia eficaz y eficiente, como el trato equitativo de los acreedores que se encuentren en circunstancias similares, se explicarán a su debido tiempo sobre la base de los resultados de las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre los asuntos pertinentes].

5. Las disposiciones [legislativas] tienen por objeto reducir el riesgo de que se busquen foros de conveniencia o se cometan otros actos en perjuicio de los acreedores y otras partes interesadas, pero no pretenden definir esos actos. Esa determinación deberá hacerse en el plano nacional, en particular por los órganos judiciales y en función de cada caso.

6. Las [disposiciones legislativas] tienen por objeto lograr un equilibrio adecuado entre ciertas consideraciones contrapuestas implícitas en los objetivos de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente [enumerados en [la recomendación 1 de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia* (la “*Guía*”)] [la disposición legislativa]]. Por ejemplo, el objetivo de que el procedimiento de insolvencia sea eficiente y eficaz puede, por sí solo, favorecer la aplicación de la *lex fori concursus* sin excepciones, ya que el tribunal del foro es el que está en mejores condiciones de articular y aplicar su propia ley. La aplicación de una ley extranjera en el ámbito nacional exige probar el contenido y la interpretación de la ley extranjera, plantea diferencias en cuanto a si la ley extranjera es una cuestión de hecho o de derecho y crea dificultades cuando los órganos judiciales tienen que tratar con categorías jurídicas extranjeras que no se conocen en sus ordenamientos jurídicos. Esto aumenta el riesgo de que los órganos judiciales interpreten el derecho extranjero utilizando sus propias categorías jurídicas. Las consideraciones de eficiencia y

eficacia pueden así favorecer que el foro apropiado coincida con la ley aplicable. Sin embargo, puede haber otras consideraciones que tengan más peso que ese factor y hagan necesario aplicar la ley extranjera.

[Este texto se continuará para reflejar los resultados de las deliberaciones futuras, incluso con respecto al ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas.]

## B. Ámbito de aplicación de las [disposiciones legislativas]

6. El Grupo de Trabajo acordó lo siguiente: a) que el proyecto abarcara la liquidación y la reorganización tal como se definían en la *Guía*, incluido el procedimiento de insolvencia que se abiera cuando empezaran las dificultades financieras, como se preveía en la recomendación 294 de la *Guía*, y los procedimientos provisionales y de reestructuración que cumplieran los requisitos necesarios para ser calificados de procedimientos de “insolvencia” o “extranjeros” de conformidad con los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia<sup>10</sup>; b) que las negociaciones extrajudiciales de reestructuración de la deuda celebradas con arreglo al derecho contractual quedaran excluidas del alcance del proyecto en la etapa actual<sup>11</sup>, y c) que bastaría con señalar en el comentario otras cuestiones que podrían derivarse de la aplicación de las normas sobre la ley aplicable en la reorganización, a diferencia de la liquidación<sup>12</sup>.

7. La disposición legislativa que se propone a continuación, con su correspondiente comentario, refleja las deliberaciones sostenidas hasta el momento por el Grupo de Trabajo sobre el tema. En el 60º período de sesiones del Grupo de Trabajo se pidió que se aclarara qué procedimiento de reestructuración —aparte del procedimiento de reorganización que ya se incluía en la definición de procedimiento de “insolvencia” o “extranjero” de la CNUDMI— quedaría comprendido en el alcance del proyecto. El Grupo de Trabajo convino en que no se hiciera referencia por separado a la reestructuración y en que se aclarara la cuestión en el comentario, explicándose también en ese contexto qué diferencia existía entre la reorganización y la reestructuración<sup>13</sup>. A ese respecto, la secretaría señala en el comentario propuesto que los órganos judiciales, invocando la LMIT, han otorgado el reconocimiento a diversos tipos de procedimientos de reestructuración, entre ellos planes de arreglo, siempre que cumplieran el conjunto de requisitos acumulativos establecidos en los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia con respecto a los procedimientos “de insolvencia” o “extranjeros”.

8. El Grupo de Trabajo tal vez recuerde que, en su 59º período de sesiones, aplazó el examen de las cuestiones que planteaba la recomendación 30 de la *Guía* (régimen aplicable a la validez y eficacia de los derechos y créditos existentes en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia)<sup>14</sup>, señalando que estaban vinculadas a las recomendaciones 3 y 4 de la *Guía*. En su 60º período de sesiones, el Grupo de Trabajo centró la atención en las cuestiones que planteaban las recomendaciones 31 a 34 de la *Guía*<sup>15</sup>. En el párrafo 2 de la disposición legislativa propuesta se invita al Grupo de Trabajo a analizar si las cuestiones que plantea la recomendación 30 de la *Guía* estarán comprendidas en el alcance del proyecto. En caso afirmativo, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la forma de reflejar en las disposiciones legislativas todas las cuestiones relacionadas con las recomendaciones 3, 4 y 30.

9. Además, en el 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo se había expresado la opinión de que debería establecerse en una disposición legislativa, y no en su comentario o en los antecedentes de su redacción, 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

<sup>10</sup> A/CN.9/1094, párr. 68, y A/CN.9/WG.V/WP.179, párrs. 8 a 12.

<sup>11</sup> A/CN.9/1094, párr. 68.

<sup>12</sup> A/CN.9/1088, párr. 89.

<sup>13</sup> A/CN.9/1094, párr. 84.

<sup>14</sup> A/CN.9/1088, párr. 61.

<sup>15</sup> A/CN.9/1094, cap. VI, y A/CN.9/WG.V/WP.179, párr. 2.

una garantía mobiliaria<sup>16</sup>. En el 60º período de sesiones del Grupo de Trabajo, la secretaría recordó que en los textos de la CNUDMI sobre garantías mobiliarias figuraba una disposición similar<sup>17</sup>. El Grupo de Trabajo tal vez desee analizar si una disposición de este tipo sería de aplicación general y si, como tal, podría complementar una disposición legislativa que tratara las cuestiones que planteaba la recomendación 30 de la *Guía* si se incluyeran en el ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas.

10. La secretaría hace notar la importancia de las normas jurisdiccionales y de las normas sobre la localización de bienes y la distribución de los bienes entre distintos procedimientos (principales, no principales, etc.) para las disposiciones legislativas. Esas normas están previstas en diversos textos internacionales<sup>18</sup> y pueden quedar fuera del alcance del proyecto. Podrían contemplarse en el comentario a su debido tiempo. El Grupo de Trabajo tal vez desee confirmar si esta hipótesis de trabajo es correcta.

11. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si algún sector o entidad en particular debería quedar excluido del ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas<sup>19</sup> y si estas podrían resultar útiles no solo en el contexto internacional sino también en el plano interno de los Estados federales.

## 1. Disposición legislativa propuesta

### Ámbito de aplicación

1. En las presentes [disposiciones legislativas] se establecen normas sobre la ley aplicable en procedimientos de insolvencia.
2. Las [disposiciones legislativas] [no tratan] [también tratan] de la ley aplicable a la validez y eficacia de los derechos y créditos existentes en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia.
3. [...].

<sup>16</sup> A/CN.9/1088, párr. 87 a).

<sup>17</sup> A/CN.9/WG.V/WP.179, párr. 35, con referencia a la recomendación 223 de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas* y al art. 94 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias.

<sup>18</sup> Véanse, p. ej., las recomendaciones 10 a 12 de la *Guía*, en las que se indican factores de conexión mínimos y no exclusivos para el ejercicio de la competencia en procedimientos de insolvencia: la ubicación del centro de los principales intereses (CPI) del deudor y del establecimiento. Otros criterios, como la presencia de bienes, si bien están previstos en la LMIT, no se recomiendan. Véase también el principio 13 de los principios generales de la cooperación en casos de insolvencia internacional del American Law Institute y el International Insolvency Institute (“ALI-III Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases”) (2012) y las reglas generales sobre cuestiones de conflictos de leyes en los casos de insolvencia internacional (“Global Rules on Conflict-of-Laws Matters in International Insolvency Cases”) del American Law Institute y el International Insolvency Institute, en particular el comentario sobre la regla general 1, en el que se analizan las normas acordadas internacionalmente sobre el ejercicio de la competencia en procedimientos de insolvencia en el contexto de las normas de elección de la ley aplicable que sean uniformes a nivel internacional. En lo que respecta a la localización de bienes, véanse además las reglas generales 6 a 11 (los principios generales y las reglas generales están disponibles en inglés en <https://www.iiiglobal.org/initiatives/projects-sponsored-by-iii/>). Con respecto a la distribución de los bienes entre los procedimientos, véase, por ejemplo, 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). En lo que respecta a este asunto, la LMIT remite a la ley del Estado promulgante.

<sup>19</sup> En los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia se subraya que, por lo general, los bancos y las compañías de seguros, las empresas estatales, las empresas de servicios públicos y los consumidores están sujetos a regímenes de insolvencia especiales. Véanse, p. ej., el art. 1, párr. 2, de la LMIT y su respectivo comentario en la *Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza* (GEI), párrs. 55 a 61.

## 2. Comentario propuesto

### *Párrafo 1*

1. El ámbito de aplicación de las [disposiciones legislativas] está vinculado a los conceptos de “procedimiento de insolvencia”<sup>20</sup> y “apertura de un procedimiento de insolvencia”<sup>21</sup>. En los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia se establece una lista acumulativa de requisitos que tiene que reunir un procedimiento para ser considerado un “procedimiento de insolvencia”: a) debe ser un procedimiento colectivo (judicial o administrativo)<sup>22</sup>; b) tramitado con arreglo a una ley relativa a la insolvencia (que puede ser, entre otras, una ley sobre sociedades)<sup>23</sup>; c) bajo control o supervisión judicial (incluido el caso del deudor en posesión)<sup>24</sup>; d) respecto de un deudor (persona física o jurídica) que se encuentre en graves dificultades financieras o sea insolvente<sup>25</sup>, y e) con el fin de liquidar o reorganizar a ese deudor como entidad comercial<sup>26</sup>.

2. Según los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia, los “procedimientos de insolvencia” abarcan: a) la “liquidación”, definida como el procedimiento seguido para la venta o enajenación de los bienes con miras a la distribución del producto que se obtenga entre los acreedores de conformidad con el régimen de la insolvencia<sup>27</sup>; b) la “reorganización”, que se define como el proceso mediante el cual se restablece la prosperidad financiera y la viabilidad del negocio de un deudor si se mantiene el negocio en marcha por diversos medios, como, por ejemplo, la condonación de la deuda, la reestructuración de la deuda, la capitalización de esta y la venta de la empresa (o de partes de ella) como negocio en marcha<sup>28</sup>; c) el “procedimiento de reorganización agilizado”, en el que se combinan las negociaciones voluntarias de reestructuración y la aceptación de un plan con un procedimiento agilizado regulado por el régimen de la insolvencia con miras a la confirmación judicial de dicho plan<sup>29</sup>; d) el procedimiento iniciado por una microempresa o pequeña empresa deudora cuando empieza a tener dificultades financieras<sup>30</sup>, y e) los procedimientos provisionales, de reestructuración o de cualquier otro tipo que, según determine el órgano judicial en cada caso, reúnan los requisitos de la lista acumulativa indicados más arriba<sup>31</sup>.

3. Cualquier otro procedimiento que no reúna los requisitos mencionados anteriormente quedará fuera del ámbito de aplicación de las [disposiciones legislativas]. Por ejemplo, quedarán excluidos los procedimientos de cobro de deudas o las administraciones judiciales iniciadas por un acreedor o grupo de acreedores en particular, o la acumulación de bienes en un procedimiento de liquidación o de rehabilitación que no prevea también disposiciones para atender las reclamaciones de

<sup>20</sup> Véanse, 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) (GE), párr. 22, y la GEI, párr. 48.

<sup>21</sup> Véanse las recomendaciones 14 a 29 de la *Guía*.

<sup>22</sup> GEI, párrs. 69 a 72.

<sup>23</sup> GEI, párr. 73.

<sup>24</sup> Recomendación 112 de la *Guía*, y GEI, párrs. 71, 74 a 76 y 86.

<sup>25</sup> GEI, párrs. 1, 48, 49, 65 y 67, que remiten a las recomendaciones 15 y 16 de la *Guía*, en las que se establecen las normas para la apertura de un procedimiento de insolvencia por el deudor (cuando el deudor no esté o no vaya a estar, en general, en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento, o sus deudas excedan del valor de sus bienes) y por los acreedores (cuando el deudor no esté, en general, en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento, o las deudas del deudor exceden del valor de sus bienes).

<sup>26</sup> Véase la GEI, párrs. 77 y 78.

<sup>27</sup> Término w) del glosario de la *Guía*.

<sup>28</sup> Término kk) del glosario de la *Guía*.

<sup>29</sup> Véase el texto sobre la finalidad de las disposiciones legislativas que precede a la recomendación 160 de la *Guía*. Véase también la GEI, párr. 75.

<sup>30</sup> Véase la recomendación 294 de la *Guía*.

<sup>31</sup> En lo que respecta a los procedimientos provisionales, véase la GEI, párrs. 79 y 80. En cuanto a los procedimientos de reestructuración, véase el *Compendio de jurisprudencia relativa a la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza*, párr. 11, en relación con el art. 2.

otros acreedores<sup>32</sup> También se excluyen los procedimientos judiciales o administrativos iniciados respecto de una entidad solvente que no pretenda reestructurar sus asuntos financieros sino disolverse como entidad jurídica<sup>33</sup>. Las medidas acordadas o los acuerdos celebrados con fines de ajuste financiero entre el deudor y algunos de sus acreedores sobre una base puramente contractual en relación con alguna deuda, cuando las negociaciones no den lugar a la apertura de un procedimiento de insolvencia tramitado de conformidad con el régimen de la insolvencia, también estarán fuera del ámbito de aplicación de las [disposiciones legislativas]<sup>34</sup>. Además, también quedan excluidos los procedimientos que tengan como único objetivo evitar la disipación y el desperdicio de los bienes, en lugar de liquidar o reorganizar la masa de la insolvencia, así como los procedimientos destinados a evitar perjuicios a los inversionistas y no a todos los acreedores<sup>35</sup>.

*Párrafo 2*<sup>36</sup>

4. En un procedimiento de insolvencia, el tribunal del foro aplicará en primer lugar sus normas de derecho internacional privado (normas sobre conflicto de leyes) (en adelante denominadas “DIPr” o “normas de DIPr”), incluidos los tratados internacionales u otros acuerdos en vigor para su Estado, a fin de determinar cuál es la ley aplicable a la validez y eficacia de los derechos y créditos existentes en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia y a su tratamiento en dicho procedimiento. Por lo general, la ley que rige el contrato es la que determina si existe un crédito contractual contra el deudor insolvente y, si así fuera, el importe de dicho crédito; y la ley del lugar de ubicación del bien (*lex rei sitae*) es la que determina si se ha constituido una garantía real sobre bienes inmuebles a favor de un acreedor en particular. [Estas disposiciones legislativas] [no tratan ni desplazan] [reafirman] esas normas.

5. Acto seguido, el tribunal decidirá qué ley se aplicará: a) para determinar los efectos de la insolvencia sobre los derechos y créditos anteriores a la apertura (es decir, qué tratamiento se dará a cada uno de esos derechos y créditos en el procedimiento de insolvencia), y b) a los derechos, créditos, acciones y controversias posteriores a la apertura del procedimiento. Son ejemplos de las cuestiones mencionadas en el apartado a) la situación de cada crédito respecto de los demás (es decir, la clasificación y el orden de prelación de los créditos) y las restricciones y modificaciones a las que pueden estar sujetos los derechos y créditos anteriores a la apertura para cumplir los objetivos colectivos del procedimiento de insolvencia (p. ej., anulación, subordinación). Son ejemplos de las cuestiones mencionadas en el apartado b) la presentación, verificación y admisión de los créditos; el alcance de la paralización de los procedimientos que se produce al abrirse el procedimiento de insolvencia, y las solicitudes de exención de los efectos de la paralización; las reclamaciones a que dé lugar el otorgamiento de financiación posterior a la apertura del procedimiento; la responsabilidad del representante de la insolvencia; la determinación y autorización de los gastos administrativos; la aprobación de un plan de reorganización, y la exoneración del pago de la deuda.

[Se añadirá texto]

*Párrafo 3*

[Se añadirá texto]

## C. Definiciones

12. En su 60º período de sesiones, el Grupo de Trabajo confirmó que el término “régimen de la insolvencia” que figuraba en la recomendación 31 se interpretaría en un

<sup>32</sup> GEI, párr. 69.

<sup>33</sup> Véanse, p. ej., la GE, párr. 22, y la GEI, párrs. 48 y 73.

<sup>34</sup> GEI, párr. 78.

<sup>35</sup> GEI, párr. 77.

<sup>36</sup> Véanse los párrs. 82 y 83 del comentario de las recomendaciones 30 a 34 de la *Guía*.

sentido amplio, de manera que abarcara no solamente el régimen legal en materia de insolvencia sino también otras leyes que no fueran de insolvencia pero que tuvieran suficiente relación con ella. Se expresó una opinión en el sentido de que tal vez fuera necesario determinar los criterios que ayudarían a establecer esa relación suficiente con el régimen de la insolvencia. Otra opinión fue que la existencia o no de una relación suficiente debería determinarse en cada caso<sup>37</sup>.

13. A la luz de esas deliberaciones, la secretaría propone la siguiente definición de “*lex fori concursus*” a partir de la explicación de ese término que figura en el glosario de la *Guía* (término x)), que no se refiere al “régimen de la insolvencia” sino a la “ley del foro ante el que se haya abierto el procedimiento de insolvencia” (en cambio, en el texto introductorio de la recomendación 31 de la *Guía* se hace referencia al “régimen de la insolvencia” en relación con la “*lex fori concursus*”)<sup>38</sup>. La secretaría observa que la inclusión de reglas de interpretación similares a las que figuran en la *Guía*<sup>39</sup> y de definiciones de otros términos, en particular de expresiones latinas como “*lex rei sitae*”<sup>40</sup> y “*lex societatis*”, facilitaría la comprensión e interpretación uniformes de las disposiciones legislativas. Si el Grupo de Trabajo opta por no utilizar expresiones latinas en las disposiciones legislativas, la secretaría propondrá las correspondientes paráfrasis que reflejen su significado en lenguaje sencillo.

## 1. Disposición legislativa propuesta

### Definiciones<sup>41</sup>

A los efectos de [las presentes disposiciones legislativas]:

- a) se entenderá por “*lex fori concursus*” la ley del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia;

## 2. Comentario propuesto

1. La “*lex fori concursus*” se interpretará en sentido amplio, de modo que abarque el régimen de la insolvencia del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia, así como otras normas jurídicas de ese Estado que no sean de insolvencia pero que tengan suficiente relación con ella. La relación suficiente con la insolvencia se determinará caso por caso, aunque son ejemplos habituales de leyes ajenas al régimen de la insolvencia que tienen suficiente relación con la insolvencia, entre otras, las siguientes: a) las normas del derecho de sociedades que regulan las obligaciones y responsabilidades de los directores en el período cercano a la insolvencia; b) las normas del derecho de sociedades que regulan los trámites de reestructuración de la deuda anteriores a la insolvencia; c) el régimen legal de las garantías mobiliarias, que, entre otras cuestiones relacionadas con la insolvencia, puede regular el tratamiento de la financiación otorgada antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia, en el procedimiento de insolvencia que se abra posteriormente; d) el derecho de familia, que puede regular el tratamiento de los bienes en copropiedad en los procedimientos de insolvencia de los empresarios individuales; e) las normas del derecho laboral que regulan los derechos de los trabajadores, el tratamiento y el orden de prelación de los créditos laborales y la gestión de los despidos en caso de insolvencia; f) las normas del derecho tributario y de la seguridad social que regulan el tratamiento y el orden de prelación de las deudas públicas, y g) la legislación en materia de inversiones extranjeras, que puede imponer restricciones a la propiedad extranjera de determinados bienes o a la actividad de inversionistas extranjeros en determinados sectores de la economía (que sería

<sup>37</sup> A/CN.9/1094, párr. 69.

<sup>38</sup> A/CN.9/WG.V/WP.179, párr. 15.

<sup>39</sup> Véanse los párrs. 9 a 11 del glosario.

<sup>40</sup> Mencionada en el glosario de la *Guía*, término y), como “*lex rei situs*”, y descrita como la ley del Estado en que esté ubicado el bien de que se trate.

<sup>41</sup> Si se decide que las disposiciones legislativas formen parte de la *Guía*, el término seguirá figurando en el glosario.

pertinente, por ejemplo, en los casos de conversión de deuda en capital o de venta de la empresa (o de partes de ella) como negocio en marcha).

2. Cuando la *lex fori concursus* remite a la ley de otro Estado, esa remisión deberá interpretarse únicamente como una remisión al derecho sustantivo interno de ese Estado, excluidas sus normas de DIPr, es decir, se excluye el *renvoi*. Ello está en consonancia con los enfoques adoptados en otros textos internacionales que prevén normas uniformes de DIPr<sup>42</sup>. El objetivo de ese enfoque es promover la certeza en cuanto a la ley aplicable.

3. Además, la remisión a la ley de un Estado extranjero no abarca el derecho público de ese Estado, es decir, las normas relativas al ejercicio de las potestades soberanas de un Estado extranjero. No obstante, la *lex fori concursus* puede prever el tratamiento y el orden de prelación de los créditos públicos extranjeros (p.ej., las deudas tributarias y de seguridad social)<sup>43</sup>. La remisión a la ley de un Estado extranjero tampoco abarca el derecho procesal, ya que los órganos judiciales aplican su propio derecho procesal y no aplican ninguna norma extranjera que, en su opinión, sea procesal. Como se señala en [las presentes disposiciones legislativas] en los contextos pertinentes, algunas cuestiones (p. ej., la compensación o la prescripción) pueden calificarse de sustantivas o procesales, según el ordenamiento jurídico. Las [disposiciones legislativas] indican la ley que regirá esas cuestiones en los procedimientos de insolvencia.

## D. Excepción de orden público

14. En su 60º período de sesiones, el Grupo de Trabajo acordó incluir una excepción de orden público con arreglo a las condiciones examinadas durante ese período de sesiones<sup>44</sup>. En consecuencia, la secretaría propone la disposición legislativa y el comentario correspondiente que figuran a continuación, que se basan en disposiciones similares de leyes modelo de la CNUDMI en materia de insolvencia<sup>45</sup> y otros textos analizados<sup>46</sup>.

15. El Grupo de Trabajo tal vez desee analizar el resultado que puede esperarse del desplazamiento de una ley extranjera: si la *lex fori concursus* se aplicará en todos los casos, o si el tribunal del foro tendrá la facultad discrecional de elegir la ley de una jurisdicción que tenga un interés sustancial muy superior al de la jurisdicción elegida o al de la *lex fori concursus*. (En una adición a la presente nota (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1) se exponen cuestiones relacionadas con las obligaciones internacionales y normas imperativas inderogables vigentes que aún no ha examinado el Grupo de Trabajo.)

### 1. Disposición legislativa propuesta

#### Excepción de orden público

La aplicación de la ley que se determine conforme a [las presentes disposiciones legislativas] solo podrá rechazarse en la medida en que los efectos de su aplicación sean manifiestamente contrarios al orden público de este Estado.

<sup>42</sup> Véanse, p. ej., las remisiones a la “ley interna” en los artículos 5, 6 y 11 del Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación.

<sup>43</sup> Véanse, p. ej., el art. 13, párr. 2, de la LMIT y su nota b) de pie de página, y la GEI, párrs. 119 y 120.

<sup>44</sup> A/CN.9/1094, párrs. 94 a 96.

<sup>45</sup> Véanse, p. ej., la LMIT, art. 6, y la GEI, párrs. 101 a 104; la LMSI, art. 7, y la GE, párrs. 71 a 74; y la LMIGE, art. 6, y la *Guía para su incorporación al derecho interno*, párrs. 62 a 65.

<sup>46</sup> Por ejemplo, el art. 93 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias; el art. 32 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, y el art. 11 del Convenio de 5 de julio de 2006 sobre la Ley Aplicable a Ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario.

## 2. Comentario propuesto

1. En las [disposiciones legislativas] se prevé 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 el concepto de orden público se basa en el derecho interno y puede diferir de un Estado a otro, no se ha tratado de dar una definición uniforme de ese concepto. Sin embargo, dado que las [disposiciones legislativas] tratan de asuntos de cooperación internacional, el orden público debería entenderse en un sentido más restrictivo que el orden público nacional.

2. Esa intención se transmite con la palabra “manifiestamente” en la [disposición legislativa]. El objetivo es destacar que la excepción de orden público debe interpretarse y aplicarse de manera estricta y restringida, e invocarse solamente en circunstancias excepcionales, relacionadas con asuntos de importancia fundamental para el Estado promulgante. Esa interpretación estricta y restringida de la excepción debe hacerse siempre, cualquiera sea el tipo de procedimiento (liquidación o reorganización).

3. La determinación del orden público debe realizarse en relación con los efectos de la aplicación de la ley extranjera designada en virtud de [estas disposiciones legislativas] en cada caso concreto. Cabe esperar que la excepción se invoque cuando la norma extranjera pertinente, tal como se aplique a los hechos del caso, atente contra la seguridad o la soberanía del Estado o produzca un resultado que se aparte tan radicalmente de los conceptos de justicia fundamental del foro que su aplicación resulte intolerablemente ofensiva para los valores básicos del foro (p. ej., la aplicación de la ley del Estado en el que se abrió el procedimiento de insolvencia para lograr objetivos políticos o la ley del Estado que legitima efectivamente planes ilegales (p. ej., la evasión de leyes u obligaciones de aplicación ineludible, como la responsabilidad por el medio ambiente, los derechos humanos y otras responsabilidades sociales)).

## E. Ley aplicable en procedimientos de insolvencia: *lex fori concursus*

16. En el 60° período de sesiones del Grupo de Trabajo no se formuló ninguna observación sobre el párrafo 16 ni los aspectos enumerados en el párrafo 18 del documento [A/CN.9/WG.V/WP.179](#). Por lo tanto, la secretaría consideró que el enfoque sugerido en esos párrafos no era controvertido y lo reflejó en la disposición legislativa propuesta y su respectivo comentario.

17. El Grupo de Trabajo acordó incluir una referencia expresa a las cláusulas de extinción o agilización automáticas (cláusulas *ipso facto*) en la lista de aspectos que se regirían por la *lex fori concursus* (en adelante, la “lista de la *lex fori concursus*”)<sup>47</sup> y hacer referencia en esa lista al “tratamiento de la compensación” (en lugar de simplemente “la compensación”, como en la recomendación 31, apartado i), de la *Guía*)<sup>48</sup>. También estuvo de acuerdo en no mencionar, en la lista de la *lex fori concursus*, los derechos que tendrían los acreedores tras la clausura del procedimiento de insolvencia, la reestructuración ni los daños ambientales y la responsabilidad consiguiente<sup>49</sup>. El Grupo de Trabajo no discutió la sugerencia de que se ampliara la lista de la *lex fori concursus* para hacer referencia en ella a otros aspectos conexos (que se derivaran del régimen de la insolvencia y estuvieran relacionados con procedimientos de insolvencia)<sup>50</sup>. Esos resultados se reflejan en la disposición legislativa propuesta y en el respectivo comentario que figuran a continuación. Las cuestiones que el Grupo de Trabajo aplazó o no examinó en relación con los aspectos de la lista de la *lex fori*

<sup>47</sup> [A/CN.9/1094](#), párr. 77.

<sup>48</sup> *Ibid.*, párr. 78.

<sup>49</sup> *Ibid.*, párrs. 81, 84 y 86.

<sup>50</sup> *Ibid.*, párr. 71.

*concursum* se destacan a continuación y se analizan en una adición de la presente nota (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1).

## 1. Disposición legislativa propuesta

### Ley aplicable por defecto en procedimientos de insolvencia: *lex fori concursus*

Salvo que se disponga otra cosa en [las presentes disposiciones legislativas], la *lex fori concursus* se aplicará a todos los aspectos de la apertura, la sustanciación, la administración y la clausura de los procedimientos de insolvencia y sus efectos, entre ellos los siguientes:

- a) la determinación de los deudores que pueden quedar sujetos a un procedimiento de insolvencia;
- b) la definición del momento en que se puede abrir un 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;
- c) la constitución y magnitud de la masa de la insolvencia<sup>51</sup>;
- d) la protección y conservación de la masa de la insolvencia [, incluida la paralización del procedimiento]<sup>52</sup>;
- e) la utilización o enajenación de los bienes;
- f) la propuesta, la aprobación, la confirmación y la ejecución de un plan de reorganización;
- g) la anulación de ciertas operaciones que podrían ser perjudiciales para determinadas partes<sup>53</sup>;
- h) el tratamiento de los contratos, incluidas las cláusulas de extinción o agilización automáticas (cláusulas *ipso facto*)<sup>54</sup>;
- i) el tratamiento de la compensación<sup>55</sup>;
- j) [el tratamiento de los acreedores garantizados;]<sup>56</sup>
- k) los derechos y obligaciones del deudor<sup>57</sup>;
- l) las obligaciones y funciones del representante de la insolvencia<sup>58</sup>;
- m) las funciones de los acreedores y del comité de acreedores;

<sup>51</sup> Hay cuestiones relacionadas con este aspecto cuyo examen el Grupo de Trabajo decidió aplazar (A/CN.9/1094, párr. 72).

<sup>52</sup> Con fines de aclaración, la secretaría propone añadir una referencia expresa a la paralización del procedimiento en relación con este aspecto, en vista de las preguntas formuladas en el Grupo de Trabajo en cuanto al alcance de este aspecto. Hay cuestiones relacionadas con este aspecto cuyo examen el Grupo de Trabajo decidió aplazar (A/CN.9/1094, párr. 73).

<sup>53</sup> Si bien no se expresó ninguna inquietud con respecto a mantener este aspecto en la lista de la *lex fori concursus*, hay algunas cuestiones relacionadas con este aspecto cuyo examen el Grupo de Trabajo decidió aplazar (A/CN.9/1094, párrs. 74 a 76).

<sup>54</sup> De conformidad con lo acordado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/1094, párr. 77), la secretaría añadió una referencia expresa a las cláusulas *ipso facto*, utilizando la terminología de la *Guía*. Hay cuestiones relacionadas con este aspecto cuyo examen el Grupo de Trabajo decidió aplazar (*ibid.*).

<sup>55</sup> De conformidad con lo acordado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/1094, párr. 78), la secretaría modificó este aspecto. Hay cuestiones relacionadas con este aspecto cuyo examen el Grupo de Trabajo decidió aplazar (*ibid.*).

<sup>56</sup> Hay cuestiones relacionadas con este aspecto cuyo examen el Grupo de Trabajo decidió aplazar. Las decisiones que se adopten al respecto pueden afectar a la ubicación y formulación de este aspecto en las disposiciones legislativas (A/CN.9/1094, párr. 79, y A/CN.9/1088, párr. 65 c)).

<sup>57</sup> Si bien no se expresó ninguna inquietud con respecto a mantener este aspecto en la lista de la *lex fori concursus*, hay algunas cuestiones relacionadas con este aspecto cuyo examen el Grupo de Trabajo decidió aplazar (A/CN.9/1094, párr. 80).

<sup>58</sup> *Ibid.*

- n) el tratamiento de los créditos;
- o) el orden de prelación de los créditos<sup>59</sup>;
- p) las costas y los gastos relativos al procedimiento de insolvencia;
- q) la distribución del producto;
- r) la clausura del procedimiento;
- s) la exoneración;
- [t) la responsabilidad de los directores de la empresa deudora por las medidas adoptadas cuando esta era insolvente o en el período cercano a la insolvencia, y las acciones judiciales relacionadas con esa responsabilidad que puedan ser entabladas por la masa de la insolvencia o por el representante de esta]<sup>60</sup>;
- [u) otros aspectos conexos (que se deriven del régimen de la insolvencia y estén relacionados con procedimientos de insolvencia)]<sup>61</sup>.

## 2. Comentario propuesto

1. De conformidad con las [disposiciones legislativas], la *lex fori concursus* se aplica a todos los aspectos del procedimiento de insolvencia y a sus efectos, salvo disposición expresa en contrario. La convergencia observada en las normas del derecho sustantivo en materia de insolvencia debería, por regla general, hacer menos problemática la aplicación de la *lex fori concursus* a todos los aspectos de la apertura, la sustanciación, la administración y la clausura de los procedimientos de insolvencia y sus efectos<sup>62</sup>.

2. Las [disposiciones legislativas] determinan que la *lex fori concursus* sea la primera ley aplicable a todos los aspectos de la apertura, la sustanciación, la administración y la clausura de los procedimientos de insolvencia. Esos aspectos abarcan: a) las cuestiones de procedimiento (como las notificaciones, la convocación de reuniones, el establecimiento del *quorum*, la determinación de las normas de votación o la fijación de plazos para la presentación de los créditos)<sup>63</sup>, y b) todos los derechos, obligaciones y acciones posteriores a la apertura, es decir, los que se derivan del procedimiento de insolvencia, como las reclamaciones contra el representante de la insolvencia o en relación con la financiación posterior a la apertura, la venta de la masa de la insolvencia o la distribución del producto.

3. Las [disposiciones legislativas] determinan que la *lex fori concursus* sea aplicable también a los efectos que produce el procedimiento de insolvencia, incluso sobre los derechos, acciones y obligaciones que existían antes de la apertura del procedimiento de insolvencia. Por ejemplo, aunque según la recomendación 4 de la *Guía*, cuando una garantía real sea eficaz y exigible en virtud de una norma ajena al régimen de la insolvencia será reconocida en un procedimiento de insolvencia como eficaz y exigible, la ejecución de una garantía real puede suspenderse de conformidad con la *lex fori concursus*, a menos y hasta que el tribunal otorgue una exención de los efectos de la suspensión (véanse las recomendaciones 46 a 51 de la *Guía*). Además, de acuerdo con la recomendación 88 de la *Guía*, una garantía real que sea eficaz o ejecutable en virtud de una regla de derecho distinta del régimen de la insolvencia

<sup>59</sup> *Ibid.*, pero con referencia al párr. 82.

<sup>60</sup> Hay cuestiones relacionadas con este aspecto cuyo examen el Grupo de Trabajo decidió aplazar. Las decisiones que se adopten al respecto pueden afectar a la ubicación y formulación de este aspecto en las disposiciones legislativas (A/CN.9/1094, párr. 83, y A/CN.9/1088, párr. 65 e)).

<sup>61</sup> Como se señaló en el párr. 16 *supra*, el Grupo de Trabajo no examinó este nuevo aspecto propuesto (A/CN.9/1094, párr. 71).

<sup>62</sup> A/CN.9/1088, párr. 86.

<sup>63</sup> Algunas cuestiones que se consideran procesales en algunas jurisdicciones (p. ej., la compensación o el plazo de prescripción) pueden considerarse sustantivas en otras. Los órganos judiciales determinan estos aspectos de conformidad con la ley de sus respectivos Estados, es decir, la *lex fori concursus* en los procedimientos de insolvencia.

puede quedar sujeta a las disposiciones de anulación del régimen por los mismos motivos que otras operaciones. En la recomendación 3 de la *Guía* se admite explícitamente que el régimen de la insolvencia reconoce los derechos y créditos nacidos en virtud de normas nacionales o extranjeras ajenas al régimen de la insolvencia, con sujeción a las limitaciones expresamente previstas en ese régimen. Además de la paralización del procedimiento y de la anulación, el régimen de la insolvencia puede exigir, por ejemplo, la subordinación de los créditos (como los de las personas allegadas (véase la recomendación 184)). También puede prohibir que se invoquen algunas cláusulas contractuales (p. ej., las cláusulas *ipso facto* (véase la recomendación 70)) y otorgar cierta discrecionalidad a los representantes de la insolvencia en lo que respecta al tratamiento de los contratos, incluida la posibilidad de cederlos pese a las restricciones estipuladas en ellos (recomendación 83), y en cuanto a la utilización o disposición de los bienes, incluida la facultad de venderlos libres de gravámenes u otras cargas (recomendaciones 52 a 62).

a) Determinación de los deudores que pueden quedar sujetos a un procedimiento de insolvencia

4. De acuerdo con las [disposiciones legislativas], la *lex fori concursus* regula las cuestiones relativas a la admisibilidad y la competencia y a los regímenes y tratamientos especiales en materia de insolvencia que pueden ser aplicables en función del sector de la economía de que se trate, el tamaño de la empresa del deudor, su nivel de endeudamiento u otros criterios. También determina los factores de conexión que se tendrán en cuenta para establecer la competencia sobre el deudor y la apertura y la sustanciación del procedimiento de insolvencia.

b) Definición del momento en que se puede abrir un 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

5. De acuerdo con las [disposiciones legislativas], la *lex fori concursus* determina los criterios para decidir la apertura del procedimiento (ya sea el criterio del balance de la empresa, o el de la corriente de efectivo, o ambos, o algo diferente o adicional). La *lex fori concursus* también establece: a) las circunstancias en las que puede iniciarse un procedimiento de reorganización en lugar de uno de liquidación y viceversa; b) si solo el deudor, o también los acreedores y otras partes, pueden solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia, y c) los actos procesales que debe realizar y demás requisitos que tiene que cumplir el solicitante para obtener la apertura (p. ej., en algunas jurisdicciones, solo un determinado número de acreedores, o acreedores cuyos créditos sean de determinado valor, pueden iniciar un procedimiento de insolvencia). Dicha ley define además los criterios para denegar la solicitud y desestimar el procedimiento, así como las normas aplicables a la notificación de la solicitud y de la apertura (p. ej., el contenido de la notificación y la forma de practicarla).

c) Constitución y magnitud de la masa de la insolvencia

6. De conformidad con las [disposiciones legislativas], la *lex fori concursus* determina qué bienes del deudor deben incluirse en la masa de la insolvencia y en qué momento se constituye dicha masa. También establece reglas para la localización de bienes. Además, rige el tratamiento de los bienes posteriores a la apertura (p. ej., bienes adquiridos por el deudor o por el representante de la insolvencia después de la apertura del procedimiento de insolvencia y los bienes recuperados mediante acciones de anulación u otras acciones) y define las condiciones y las normas para localizar y recuperar los bienes y cobrar los créditos de la masa de la insolvencia.

7. Las normas jurídicas ajenas al régimen de la insolvencia del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia, incluidas las normas relativas a las obligaciones de derechos humanos, el régimen legal de las garantías mobiliarias, el derecho de familia, el derecho procesal civil y el derecho de la responsabilidad civil extracontractual, pueden ser aplicables en relación con este aspecto, incluso en lo que

respecta al tratamiento de los bienes gravados, los bienes de propiedad de terceros, los bienes en copropiedad y los bienes extranjeros. Este aspecto está estrechamente relacionado con [otro aspecto incluido en la lista de la *lex fori concursus*, a saber,] el tratamiento de los acreedores garantizados, ya que los bienes gravados pueden o no formar parte de la masa de la insolvencia.

[El Grupo de Trabajo aplazó el examen de las cuestiones relativas al tratamiento de los derechos de propiedad intelectual, las licencias y los bienes digitales (A/CN.9/1094, párr. 72). Véase una adición a la presente nota (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1).]

d) Protección y conservación de la masa de la insolvencia[, incluida la paralización del procedimiento]

8. De acuerdo con las [disposiciones legislativas], la *lex fori concursus* rige todas las cuestiones relacionadas con las medidas de protección y conservación de la masa de la insolvencia, incluidas las medidas provisionales y las medidas posteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia (p. ej., la paralización del procedimiento, la sustitución total o parcial del deudor o el régimen del deudor en posesión). Esas cuestiones incluyen las condiciones para imponer dichas medidas, su duración y alcance, así como los motivos y procedimientos para solicitar y conceder la exención de los efectos de las medidas y otras medidas de protección.

9. Pueden surgir dificultades para aplicar los efectos de la *lex fori concursus* sobre la protección y conservación de la masa de la insolvencia a través de fronteras, en particular en lo que respecta a las medidas provisionales y a las acciones de ejecución de los acreedores garantizados con respecto a los bienes gravados y la ejecución de los derechos reales. Esas dificultades podrían mitigarse en cierta medida mediante la incorporación al derecho interno de las leyes modelo de la CNUDMI en materia de insolvencia que prevén el reconocimiento de procedimientos extranjeros y el reconocimiento y la ejecución de sentencias relacionadas con casos de insolvencia. No obstante, el principio en que se basan esos textos es que el reconocimiento de un procedimiento extranjero no implica hacer extensivos los efectos del procedimiento extranjero tal como están previstos en la ley del Estado extranjero (es decir, la *lex fori concursus*). Por el contrario, el reconocimiento de un procedimiento extranjero implica atribuir a ese procedimiento las consecuencias previstas en la ley del Estado que lo reconoce<sup>64</sup>. Por ejemplo, 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*<sup>65</sup>. Por lo tanto, puede haber diferencias en esos aspectos entre el Estado en que se abre el procedimiento de insolvencia y el Estado que otorgue el reconocimiento. No obstante, se espera que los Estados cooperen y se coordinen en la mayor medida posible en los casos de insolvencia transfronteriza para lograr los objetivos de un régimen de insolvencia eficaz y eficiente<sup>66</sup>.

10. En consonancia con esos objetivos, las leyes modelo de la CNUDMI en materia de insolvencia también establecen salvaguardias para evitar que se interfiera con los efectos de la *lex fori concursus*. Por ejemplo, en el artículo 14 e) de la LMSI se prevé la posibilidad de denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia relacionada con un caso de insolvencia si acceder a ello interferiría con la administración del procedimiento de insolvencia del deudor, por ejemplo, por entrar en conflicto con una suspensión del procedimiento u otra resolución que pudiera ser reconocida o ejecutada en el Estado promulgante de la LMSI. Esos procedimientos podrían ser el procedimiento con el que está relacionada la sentencia u otros procedimientos de insolvencia (es decir, procedimientos paralelos) relativos al mismo deudor insolvente. Aunque el concepto de interferencia es algo amplio, la disposición da ejemplos de lo que podría constituir tal interferencia. El conflicto con una suspensión, por ejemplo, surgiría normalmente si la suspensión permitiera el inicio o la continuación de acciones individuales que fueran necesarias para preservar un

<sup>64</sup> GEI, párr. 194.

<sup>65</sup> GEI, párr. 38.

<sup>66</sup> Véanse, p. ej., el cap. IV de la LMIT y el cap. 2 de la LMIGE.

crédito, pero no permitiera reconocer y ejecutar después una sentencia que se dictara posteriormente. También podría surgir cuando la suspensión no permitiera iniciar o continuar dichas acciones individuales y el procedimiento que dio lugar a la sentencia se iniciara después de decretada la suspensión (y, por lo tanto, pudiera ser contrario a esta)<sup>67</sup>.

[El Grupo de Trabajo aplazó el examen de la ley aplicable a los efectos de los procedimientos de insolvencia en la ejecutabilidad de los acuerdos de arbitraje, los laudos arbitrales y los procesos arbitrales en curso (A/CN.9/1094, párr. 73). Véase una adición a la presente nota (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1).]

e) Utilización o enajenación de los bienes

11. De acuerdo con las [disposiciones legislativas], la *lex fori concursus*: a) prevé los efectos del procedimiento de insolvencia en el control que ejerce el deudor sobre la empresa, entre ellos la sustitución total o parcial del deudor o el régimen del deudor en posesión; b) fija las condiciones y los límites aplicables al uso y la enajenación de los bienes (p. ej., notificaciones a los acreedores, aprobaciones judiciales); c) establece las normas aplicables a la financiación anterior y posterior a la apertura del procedimiento, a las operaciones no permitidas y a las operaciones con personas allegadas después de la apertura del procedimiento de insolvencia, así como al ejercicio de acciones contra la contraparte en las operaciones no permitidas, y d) define conceptos como “curso ordinario de los negocios”, “personas allegadas”, etc.

12. En el Estado en que se abre el procedimiento de insolvencia puede haber normas jurídicas ajenas al régimen de la insolvencia que sean aplicables a la utilización y la enajenación de los bienes, por ejemplo: el derecho de familia puede ser aplicable a la utilización y enajenación de los bienes que el deudor tenga en copropiedad con familiares; las leyes que prohíben o restringen la propiedad extranjera en determinados sectores de la economía determinarán si se permite la enajenación de bienes a extranjeros y, si así fuera, en qué condiciones; el régimen legal de las garantías mobiliarias puede ser aplicable a la utilización y enajenación de los bienes gravados y a sus métodos de venta; el derecho del medio ambiente u otras leyes pueden regular las condiciones que deben cumplirse para renunciar a determinados bienes (p. ej., bienes peligrosos para el medio ambiente o que representen un peligro para la salud y la seguridad públicas) y establecer quién podría tener derecho a reclamar los bienes a los que se haya renunciado.

13. Pueden surgir dificultades para aplicar los efectos de la *lex fori concursus* sobre la utilización y enajenación de la masa de la insolvencia a través de fronteras, por ejemplo, en lo relativo a los bienes inmuebles o a los pagos que realice el deudor en el curso ordinario de los negocios, ya que esto último no se entiende de manera uniforme en todas las jurisdicciones. Como se señaló anteriormente en el contexto de la protección y conservación de la masa de la insolvencia[, incluida la paralización del procedimiento], se espera que los Estados cooperen y se coordinen en la mayor medida posible en los casos de insolvencia transfronteriza, en particular en lo que respecta a la administración y supervisión de los bienes y negocios del deudor.

f) Propuesta, aprobación, confirmación y ejecución de un plan de reorganización

14. De acuerdo con las [disposiciones legislativas], la *lex fori concursus* determina la naturaleza y la forma del plan; el momento en que debe proponerse; quién está autorizado a preparar un plan; su contenido; su aprobación por los acreedores; el trato que se ha de dar a los acreedores disconformes; si se exigirá o no la confirmación judicial del plan; los efectos del plan, y su ejecución.

15. En el Estado en que se abre el procedimiento de insolvencia puede haber normas jurídicas ajenas al régimen de la insolvencia que sean aplicables, por ejemplo, a los siguientes aspectos: a) las conversiones de deuda en capital; b) la participación de los empleados y los sindicatos en la reorganización, especialmente si se prevén despidos o modificaciones de los convenios colectivos; c) la inversión extranjera y el control

<sup>67</sup> GE, párr. 107.

del tipo de cambio de divisas, y d) la protección de la información confidencial o sensible desde el punto de vista comercial<sup>68</sup>.

- g) Anulación de ciertas operaciones que podrían ser perjudiciales para determinadas partes

[*Véase una adición a la presente nota (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1) respecto de las cuestiones cuyo examen se ha aplazado.*]

- h) Tratamiento de los contratos, incluidas las cláusulas de extinción y agilización automáticas (cláusulas *ipso facto*)

16. De acuerdo con las [disposiciones legislativas], la *lex fori concursus* determina: a) la clasificación de los contratos; b) el tratamiento de los contratos respecto de los cuales ni el deudor ni su contraparte hayan cumplido íntegramente sus obligaciones respectivas (en lo sucesivo denominados “contratos mantenidos”), en particular la facultad del representante de la insolvencia de decidir si mantendrá, rechazará o cederá esos contratos, el momento en que podría ejercerse esa facultad y el momento a partir del cual el rechazo surtirá efectos retroactivos; c) si el régimen de la insolvencia dejará sin efecto las cláusulas de extinción y agilización automáticas (también conocidas como “cláusulas *ipso facto*”) o si se remitirá a las normas del derecho general de los contratos respecto de esa cuestión y, en caso afirmativo, preverá la facultad del representante de la insolvencia de restablecer los contratos rescindidos justo antes de la apertura del procedimiento de insolvencia para evitar que se apliquen las normas del régimen de la insolvencia que dejarían sin efecto dichas cláusulas; d) las excepciones a las facultades del representante de la insolvencia previstas en los apartados b) y c) anteriores, y e) el tratamiento de los contratos posteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia.

17. En el Estado en que se abre el procedimiento de insolvencia puede haber normas jurídicas ajenas al régimen de la insolvencia que sean aplicables, por ejemplo, a la clasificación de los contratos, el cálculo de los daños y perjuicios y al tratamiento de los contratos del Estado. De conformidad con [las presentes disposiciones legislativas], algunos tipos de contratos (p. ej., en un sistema de pago y liquidación o en un mercado financiero [regulado]) y algunos aspectos de los contratos de trabajo (p. ej., su rechazo o continuación) están comprendidos en una excepción a la aplicación de la *lex fori concursus*.

[*En relación con este tema, el Grupo de Trabajo postergó el examen de la ley aplicable a los efectos de los procedimientos de insolvencia sobre los contratos relativos a bienes inmuebles (A/CN.9/1094, párr. 77). Véase una adición a la presente nota (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1).*]

- i) Tratamiento de la compensación

[*Véase una adición a la presente nota (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1) respecto de las cuestiones cuyo examen se ha aplazado.*]

- j) [Tratamiento de los acreedores garantizados]

[*Véase una adición a la presente nota (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1) respecto de las cuestiones cuyo examen se ha aplazado.*]

- k) Derechos y obligaciones del deudor

18. Como ya se señaló, de acuerdo con las [disposiciones legislativas], la *lex fori concursus* determina si se aplicará el régimen del deudor en posesión del negocio o se procederá a la sustitución total o parcial del deudor. También regula las condiciones que deben cumplirse para pasar de un régimen a otro y los derechos y obligaciones del deudor según cada régimen y en cada caso concreto. Este aspecto está vinculado

<sup>68</sup> El derecho general de los contratos y, por consiguiente, las normas del DIPr que quedan fuera del ámbito de aplicación de [estas disposiciones legislativas] pueden ser aplicables a la ejecución del plan de reorganización en aquellas jurisdicciones en las que se prevé la clausura del procedimiento de insolvencia tras la aprobación (o la confirmación, cuando esta es obligatoria) del plan.

a otros de la lista de la *lex fori concursus*, en particular los que se refieren a la utilización y enajenación de los bienes de la masa de la insolvencia, y en ese contexto también a la definición de “curso ordinario de los negocios” y al tratamiento de las operaciones no permitidas.

19. Puede haber normas jurídicas ajenas al régimen de la insolvencia que sean aplicables a este aspecto, en particular si el deudor es una persona física (en cuyo caso es posible que en los instrumentos de derechos humanos se establezca el alcance de las restricciones que pueden imponerse a la libertad de circulación del deudor, la divulgación de la correspondencia privada del deudor y otros aspectos relacionados con la protección de los datos personales). También puede haber una interacción estrecha del régimen de la insolvencia con el derecho procesal civil y penal, por ejemplo, en lo que respecta a los mandamientos de divulgación, interrogatorio, registro y embargo o incautación. En el contexto de la insolvencia transfronteriza, también pueden ser aplicables el Convenio de La Haya sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial y el Convenio de La Haya sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial.

[El Grupo de Trabajo aplazó el examen de algunas cuestiones relacionadas con este aspecto, observando que serían pertinentes en el contexto de los procedimientos paralelos (A/CN.9/1094, párr. 80). Véase una adición a la presente nota (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1).]

l) Obligaciones y funciones del representante de la insolvencia

20. De acuerdo con las [disposiciones legislativas], la *lex fori concursus* rige los mecanismos de selección, nombramiento, destitución y sustitución del representante de la insolvencia, incluido un representante de la insolvencia nombrado a título provisional; el método de cálculo de la remuneración de los servicios prestados por el representante de la insolvencia; la función del tribunal y de los acreedores en cuanto a la supervisión de la labor realizada por el representante de la insolvencia; y la responsabilidad del representante de la insolvencia. Con respecto a esto último pueden ser aplicables normas jurídicas ajenas al régimen de la insolvencia, especialmente si el representante de la insolvencia está sujeto a determinadas normas y reglamentos profesionales (p. ej., contadores, abogados, etc.). Además de los deberes, funciones y obligaciones generales del representante de la insolvencia, la *lex fori concursus* determina la autorización que se dará al representante de la insolvencia en cada caso concreto, que puede abarcar la facultad de representar el procedimiento fuera de fronteras (LMIT, art. 5) o para actuar en otro Estado en relación con una sentencia relacionada con un caso de insolvencia dictada en el Estado en que se haya abierto el procedimiento de insolvencia (LMSI, art. 5), cooperar y comunicarse directamente con los órganos judiciales y representantes extranjeros (LMIT, art. 26) y asumir compromisos respecto del tratamiento otorgado a los créditos de acreedores extranjeros (véanse los arts. 28 a 32 de la LMIGE).

21. La labor de los representantes de la insolvencia en el ejercicio de sus funciones fuera de fronteras puede verse facilitada por el derecho interno de los Estados extranjeros, incluidos los tratados internacionales y otros acuerdos en los que esos Estados puedan ser parte. Por ejemplo, en los Estados que hayan incorporado a su derecho interno las leyes modelo de la CNUDMI sobre insolvencia, el representante de la insolvencia puede comunicarse de manera ágil y directa con los órganos judiciales extranjeros sin tener que cumplir requisitos formales como permisos o trámites consulares ni someterse a sí mismo ni al procedimiento extranjero a la jurisdicción del tribunal extranjero para efecto alguno que sea distinto de la solicitud (véanse los arts. 9 y 10 de la LMIT)<sup>69</sup>. El representante de la insolvencia estaría legitimado para solicitar asistencia conforme a las leyes del Estado promulgante<sup>70</sup> y la apertura de un procedimiento de insolvencia si se cumplen las condiciones

<sup>69</sup> GEI, párrs. 108 a 111.

<sup>70</sup> Véanse el art. 7 de la LMIT y el art. 6 de la LMSI; la GEI, párr. 105, y la GE, párr. 70.

nacionales para la apertura de ese procedimiento (LMIT, art. 11)<sup>71</sup>. A partir de la presentación de la solicitud de reconocimiento del procedimiento extranjero, el representante extranjero puede solicitar medidas provisionales (LMIT, art. 19). A partir del reconocimiento del procedimiento extranjero, podrá solicitar la prórroga de esas medidas o el otorgamiento de nuevas medidas, y estaría legitimado también para presentar peticiones, solicitudes o escritos sobre cuestiones relacionadas con la protección, realización o distribución de los bienes del deudor o la cooperación con el procedimiento extranjero (véase el art. 12 de la LMIT). También podrá solicitar que se le permita entablar acciones de conformidad con la legislación del Estado que otorgó el reconocimiento para que se anulen o dejen sin efecto actos jurídicos perjudiciales para los acreedores (LMIT, art. 23) e intervenir en procedimientos iniciados por el deudor o en contra de este (LMIT, art. 24).

22. Esas disposiciones se limitan a prever la legitimación y no confieren al representante extranjero facultades ni derechos especiales ni rigen el destino de las acciones que este decida entablar<sup>72</sup>. Esas cuestiones dependerían de la ley y los tribunales extranjeros (véanse, p. ej., los arts. 5 de la LMIT y la LMSI). Por ejemplo, si el representante de la insolvencia solicita una medida, será el tribunal del Estado que otorgue el reconocimiento el que decida qué medida otorgar, y el representante de la insolvencia deberá someterse a las condiciones que el tribunal pueda ordenar en relación con la medida otorgada (véanse, p. ej., los arts. 19, 21 y 22 de la LMIT). Esas condiciones pueden imponer limitaciones a las facultades que el representante de la insolvencia tenga en virtud de la *lex fori concursus*. Las limitaciones que suelen imponerse están relacionadas con la utilización y enajenación de los bienes inmuebles del deudor que estén ubicados en el extranjero, la extracción de bienes de la jurisdicción extranjera y el empleo de medidas coercitivas (p. ej., para obtener pruebas o acceder a los libros o registros contables de la empresa del deudor). Sin embargo, es posible que en algunas jurisdicciones se considere que la *lex fori concursus* es la que confiere las facultades al representante extranjero, y que la ley del Estado que otorga el reconocimiento es la que le confiere la potestad de ejercer o hacer respetar esas facultades en el plano local, aun cuando esas facultades sean una figura desconocida en el ordenamiento jurídico del Estado que otorga el reconocimiento, o dicho ordenamiento guarde silencio al respecto, siempre y cuando esas facultades no estén prohibidas por el derecho interno de ese Estado o supeditadas a la aplicación de medidas adecuadas de protección de los acreedores y otras personas interesadas. En esas jurisdicciones se otorgan diferentes tipos de medidas al representante extranjero, sin limitarlas a las que pueden otorgarse a un representante local de la insolvencia conforme a sus leyes.

[El Grupo de Trabajo aplazó el examen de algunas cuestiones relacionadas con este aspecto, observando que serían pertinentes en el contexto de los procedimientos paralelos (A/CN.9/1094, párr. 80). Véase una adición a la presente nota (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1).]

m) Funciones de los acreedores y del comité de acreedores

23. Este aspecto está estrechamente relacionado con los dos anteriores, que se refieren a los derechos y obligaciones del deudor y los deberes y funciones del representante de la insolvencia. Junto con estas cuestiones, la *lex fori concursus* rige los mecanismos y el grado de participación de los acreedores en los procedimientos de insolvencia, en particular si deben convocarse juntas de acreedores o crearse un comité de acreedores y, en su caso, cuándo, así como la función de esos órganos en la supervisión de los procedimientos de insolvencia; los requisitos para participar en esos órganos; los asuntos para los que deberá obtenerse la aprobación de los acreedores; un umbral para la aprobación, y los mecanismos para solicitar la aprobación y comprobar que la aprobación ha sido obtenida.

<sup>71</sup> GEI, párrs. 112 a 114.

<sup>72</sup> GEI, párrs. 21 d), 115 a 117, 197 y 200 a 208; GE, párr. 69.

24. Este aspecto también está vinculado estrechamente al siguiente aspecto (tratamiento de los créditos), ya que, conforme a la *lex fori concursus*, los acreedores pueden asumir determinadas funciones en los procedimientos de insolvencia (p. ej., participar en las juntas de acreedores) después de presentar sus créditos, mientras que el ejercicio de otras funciones de los acreedores (p. ej., aprobar un plan de reorganización) puede estar condicionado a la verificación y admisión de los créditos.

n) Tratamiento de los créditos

25. Según las [disposiciones legislativas], la *lex fori concursus* determina: a) qué acreedores deben tener la obligación de presentar sus créditos, los tipos de créditos que deben presentarse, los créditos excluidos y los créditos objeto de un tratamiento especial (p. ej., los créditos presentados por personas allegadas); b) el procedimiento de presentación, verificación y admisión de los créditos, en particular el plazo en que deben presentarse y ante quién, y los requisitos para la presentación de los créditos extranjeros<sup>73</sup>; c) las consecuencias de la no presentación de un crédito; d) las normas de valoración de los créditos; e) el tratamiento de los créditos litigiosos (quién puede impugnar un crédito y qué órgano resuelve la controversia); f) los efectos de la presentación y admisión de los créditos; g) la revisión de las decisiones relativas a los créditos (p. ej., su rechazo o tratamiento especial); h) el tratamiento de los créditos posteriores a la apertura del procedimiento; i) el tratamiento de los créditos tras la conversión del procedimiento; j) la generación y el pago de intereses, y k) los requisitos formales aplicables a los compromisos relativos al tratamiento de los créditos extranjeros que el representante de la insolvencia puede estar autorizado a contraer con los acreedores extranjeros para evitar la apertura de procedimientos paralelos, entre ellos la forma y el idioma en que deben formularse los compromisos, los créditos respecto de los cuales se pueden contraer compromisos y el procedimiento que debe seguirse para solicitar la aprobación, la revisión y el cumplimiento de dichos compromisos<sup>74</sup>. [Sin perjuicio de la excepción a la *lex fori concursus* prevista en [estas disposiciones legislativas] en relación con algunos aspectos de los contratos de trabajo [y de las relaciones laborales], la *lex fori concursus* determina la situación jurídica y el tratamiento de los créditos laborales.]

26. Este aspecto plantea cuestiones importantes para los aspectos relativos al tratamiento de los acreedores garantizados y la compensación, así como a la ejecución de un plan de reorganización, ya que el plan suele prever el tratamiento de los créditos de los acreedores y puede determinar también la ley aplicable. En consecuencia, pueden ser aplicables distintas normas jurídicas ajenas al régimen de la insolvencia, como las del régimen legal de las garantías mobiliarias en lo que respecta al tratamiento de los créditos de los acreedores garantizados. Además, el derecho penal puede interactuar con el régimen de la insolvencia en lo relativo al tratamiento de los créditos falsos. Es posible que haya tratados internacionales, como el Convenio sobre la Apostilla, que sean aplicables a la presentación, verificación y admisión de créditos extranjeros. Puede haber normas especiales que rijan el tratamiento de los créditos públicos (extranjeros).

o) Orden de prelación de los créditos

27. De acuerdo con las [disposiciones legislativas], la *lex fori concursus* determina el orden en que deben pagarse los créditos con cargo a la masa, incluidos los créditos del representante de la insolvencia, los créditos surgidos después de la apertura del procedimiento de insolvencia y los costos y gastos administrativos. Establece las categorías de acreedores que se verán afectadas por el procedimiento de insolvencia y el tratamiento que se dará a esas categorías de acreedores en lo que respecta a la prelación de sus créditos y la distribución del valor de la masa. Puede prever la subordinación de determinados tipos de créditos, por ejemplo, los de personas allegadas (“subordinación legal”), así como las condiciones para que la subordinación sea ordenada por el tribunal (“subordinación por mandato judicial”) y los límites a la

<sup>73</sup> Véanse a este respecto los arts. 13 y 14 de la LMIT y el comentario correspondiente en los párrs. 118 a 126 de la GEI.

<sup>74</sup> Véanse, p. ej., los arts. 28 a 32 de la LMIGE y el art. 36 del texto refundido del REI.

subordinación que pueden acordar las partes (“subordinación contractual”, p. ej., en un plan de reorganización o en acuerdos de subordinación concertados por las partes interesadas antes de la apertura del procedimiento). [Sin perjuicio de la excepción a la *lex fori concursus* prevista en [estas disposiciones legislativas] en relación con algunos aspectos de los contratos de trabajo [y de las relaciones laborales], la *lex fori concursus* determina también el orden de prelación de los créditos laborales.]

28. La prelación de los créditos en los procedimientos de insolvencia en general, y en cualquier procedimiento de insolvencia en particular, puede regirse por distintas normas jurídicas ajenas al régimen de la insolvencia, como las del derecho laboral, que pueden abarcar los tratados internacionales en el ámbito del trabajo para los Estados que sean parte en dichos tratados<sup>75</sup>; el derecho tributario; el régimen legal de las garantías mobiliarias, y el derecho de la responsabilidad civil extracontractual. Puede haber normas especiales que rijan el orden de prelación de los créditos públicos (extranjeros).

29. Pueden surgir dificultades para lograr el reconocimiento de los efectos de la *lex fori concursus* en el orden de prelación de los créditos a través de fronteras, especialmente en el caso de los créditos públicos (véanse el art. 13, párr. 2, de la LMIT y su comentario).

30. La *lex fori concursus* puede permitir que los representantes de la insolvencia, con la aprobación de los órganos judiciales nacionales, contraigan compromisos respecto del tratamiento de los créditos extranjeros de manera similar a lo dispuesto en los artículos 28 a 32 de la LMIGE, para evitar la apertura de procedimientos paralelos. En caso de que se contrajera y aprobara un compromiso en tal sentido, los créditos en cuestión recibirían el mismo tratamiento que se les concedería en un procedimiento paralelo no abierto.

[El Grupo de Trabajo aplazó el examen de algunas cuestiones relacionadas con este aspecto, observando que serían pertinentes en el contexto de los procedimientos paralelos (A/CN.9/1094, párr. 82). Véase una adición a la presente nota (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1).]

p) Costas y gastos relativos al procedimiento de insolvencia

31. De conformidad con las [disposiciones legislativas], la *lex fori concursus* determina los criterios relativos a la autorización de gastos administrativos, el cálculo de los gastos, la función del tribunal en cuanto a la aprobación de los gastos y la distribución de las costas y los gastos relativos al procedimiento de insolvencia, en particular los gastos que se pagarían con cargo a la masa de la insolvencia, que quizás tendrían que ser sufragados por los acreedores u otras partes interesadas y de los que el representante de la insolvencia podría ser personalmente responsable. La *lex fori concursus* también determina las normas que se aplicarán a los deudores cuyos bienes y fuentes de ingresos sean insuficientes para cubrir los gastos de administración del procedimiento de insolvencia, en particular si en esos casos se denegará la solicitud o se utilizarán otros mecanismos para sufragar los gastos de administración del procedimiento de insolvencia y, si así fuera, cuáles. También determina las reglas aplicables a la financiación aportada por terceros.

q) Distribución del producto

32. De acuerdo con las [disposiciones legislativas], la *lex fori concursus* establece las normas aplicables a la distribución del producto, que pueden ser diferentes en el caso de una liquidación o una reorganización, y a las medidas que deberán adoptarse si se determina que no es posible hacer una distribución<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> Por ejemplo, el Convenio sobre la Protección de los Créditos Laborales en caso de Insolvencia del Empleador, 1992 (núm. 173), de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

<sup>76</sup> Las normas del derecho general de los contratos y, por consiguiente, las normas del DIPr excluidas del ámbito de aplicación de [las presentes disposiciones legislativas] serían aplicables a la distribución del producto en el procedimiento de reorganización si el procedimiento se clausurara

## r) Clausura del procedimiento

33. De acuerdo con las [disposiciones legislativas], será la *lex fori concursus* la que determine la forma de concluir y clausurar un procedimiento, los requisitos exigidos para la clausura, los trámites que deben realizarse y si la conversión constituye la clausura oficial del procedimiento que se convierte. La *lex fori concursus* establece cuál es la parte que puede solicitar la clausura del procedimiento; si la solicitud de clausura y la decisión de clausurar deben ser publicadas, y si los acreedores pueden ser oídos respecto de la solicitud.

## s) Exoneración

34. De conformidad con las [disposiciones legislativas], la *lex fori concursus* determina: a) las condiciones generales aplicables a la exoneración, incluidas las deudas que no sean susceptibles de exención; b) los trámites y las condiciones que deben cumplirse para la exoneración, que pueden ser diferentes si se trata de una liquidación o una reorganización, incluida la fecha a partir de la cual surtirá efecto la exoneración, y c) los criterios para denegar la exoneración o revocar la exoneración otorgada.

35. Pueden surgir dificultades para lograr el reconocimiento y la aplicación a través de fronteras de los efectos de la *lex fori concursus* en la exoneración de las deudas regidas por otras leyes.

[t) Responsabilidad de los directores de la empresa deudora por las medidas adoptadas cuando esta era insolvente o en el período cercano a la insolvencia, y las acciones judiciales relacionadas con esa responsabilidad que puedan ser enabladas por la masa de la insolvencia o por el representante de esta]

[Véase una adición a la presente nota (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1) respecto de las cuestiones relacionadas con este aspecto cuyo examen se ha aplazado.]

[u) Otros aspectos conexos (que se deriven del régimen de la insolvencia y guarden relación con procedimientos de insolvencia)]

[Véase una adición a la presente nota (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1) respecto de las cuestiones relacionadas con este nuevo aspecto propuesto. El Grupo de Trabajo no lo examinó.]

## F. Excepción a la *lex fori concursus*: contratos de trabajo [y relaciones laborales]

18. En el 60º período de sesiones del Grupo de Trabajo prevaleció la opinión de que las disposiciones legislativas sobre la ley aplicable a los contratos de trabajo en los procedimientos de insolvencia deberían establecer incondicionalmente que los motivos por los que podría rechazarse, continuarse o modificarse un contrato de trabajo después de la apertura del procedimiento de insolvencia se regirían por el derecho aplicable a ese contrato, que podría abarcar el régimen de la insolvencia<sup>77</sup>. Se hicieron algunas observaciones con respecto a ese criterio, entre ellas que el tratamiento y el orden de prelación de los créditos laborales no estarían sujetos a esa excepción, ya que indudablemente quedarían comprendidos en el ámbito de aplicación de la *lex fori concursus*<sup>78</sup>.

19. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la disposición legislativa que se propone a continuación, y su respectivo comentario, que reflejan los resultados de esas deliberaciones y de las consultas que mantuvo la secretaría sobre el proyecto de disposiciones con un representante de la Organización Internacional del Trabajo especializado en el tema. Durante esas consultas, se sugirió que se mantuviera la

después de la aprobación (o la confirmación, cuando esta fuera obligatoria) del plan y si el producto se distribuyera de conformidad con las reglas de distribución establecidas en el plan.

<sup>77</sup> A/CN.9/1094, párr. 91.

<sup>78</sup> A/CN.9/1094, párrs. 88 a 93.

referencia a los contratos de trabajo, por oposición a los contratos de empleo, en atención a los tratados internacionales vigentes en el ámbito del trabajo. También se sugirió que se considerara la posibilidad de ampliar esa referencia a fin de incluir las relaciones laborales, en vista de la evolución del mercado de trabajo, que apuntaba al uso de diversos mecanismos más allá de los contratos de trabajo utilizados tradicionalmente para contratar mano de obra<sup>79</sup>.

20. El Grupo de Trabajo tal vez desee analizar si las referencias al “rechazo, la continuación o la modificación de los contratos de trabajo” deberían mantenerse en la disposición legislativa propuesta, o sustituirse por otro término<sup>80</sup>, a la luz de las cuestiones planteadas en el comentario propuesto. En particular, la referencia a la “modificación” puede ser muy amplia, ya que la modificación puede referirse a cualquier cláusula de un contrato de trabajo, y no solo al rechazo o la continuación del contrato, incluidas las cláusulas que, de acuerdo con estas disposiciones legislativas, pueden quedar comprendidas en el ámbito de aplicación de la *lex fori concursus*. El Grupo de Trabajo quizás desee también estudiar las consecuencias que tendría el desplazamiento de una ley extranjera en virtud de la excepción de orden público (véase la sección D *supra*).

## 1. Disposición legislativa propuesta

### Excepciones a la *lex fori concursus*

#### Ley aplicable a los contratos de trabajo [y a las relaciones laborales]

1. Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre [el rechazo, la continuación o la modificación de] los contratos de trabajo [y las relaciones laborales] se regirán por la ley aplicable al contrato [o a la relación] de que se trate.
2. [No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 de esta [disposición legislativa], el tratamiento y el orden de prelación de los créditos laborales y las acciones de nulidad que puedan entablarse respecto de un contrato de trabajo [o una relación laboral] se regirán por la *lex fori concursus*].

## 2. Comentario propuesto

1. De conformidad con el párrafo 1 de esta [disposición legislativa], los efectos del procedimiento de insolvencia sobre [el rechazo, la continuación o la modificación de] los contratos de trabajo [y las relaciones laborales] se regirán por la ley aplicable a dichos contratos [y relaciones laborales]. La referencia a esa ley tiene por objeto abarcar el derecho laboral, el régimen de la insolvencia y cualquier otro régimen legal que pueda ser pertinente en lo que respecta a [el rechazo, la continuación o la modificación de] los contratos de trabajo [o las relaciones laborales].
2. El alcance de ese párrafo se limita al rechazo, la continuación y la modificación de los contratos de trabajo [y de las relaciones laborales] tras la apertura de un procedimiento de insolvencia. [Para evitar dudas, en el párrafo 2 de esta [disposición legislativa] se aclara que el tratamiento y el orden de prelación de los créditos laborales (véanse los aspectos pertinentes más arriba) no quedan amparados por la excepción prevista en el párrafo 1. La *lex fori concursus* (si difiere de la ley aplicable al contrato de trabajo [o a la relación laboral], en adelante denominada “*lex fori concursus* extranjera”) sigue siendo aplicable a esos contratos [o relaciones]. Lo mismo se aplica a la clasificación de un contrato [o relación laboral] como contrato de trabajo [o relación laboral] y a la anulación de los contratos de trabajo o de una parte cualquiera de ellos (p. ej., cuando el conjunto de la remuneración no sea razonable como consecuencia de la modificación de los contratos de trabajo [o las relaciones

<sup>79</sup> Véase, p. ej., la Recomendación sobre la relación de trabajo de la OIT, 2006 (núm. 198).

<sup>80</sup> Véase a ese respecto el art. 13 del texto refundido del REI.

laborales] entre el deudor y los directores generales u otros administradores en el período cercano a la insolvencia) (véase el aspecto respectivo más arriba).]

3. El fundamento de la excepción a la aplicación de la *lex fori concursus* prevista en la [disposición legislativa] es que los contratos de trabajo y las relaciones laborales plantean muchas consideraciones de política socioeconómica. Por ese motivo, los Estados suelen elaborar un régimen especial para el tratamiento de las cuestiones derivadas de los contratos de trabajo [y las relaciones laborales] en el contexto de la insolvencia. En algunos regímenes de la insolvencia, el mantenimiento de la continuidad del empleo, por ejemplo, tiene prioridad sobre otros objetivos del procedimiento de insolvencia, como la obtención del máximo valor posible de los bienes de la masa en beneficio de todos los acreedores. Esto puede quedar de manifiesto cuando se pone el énfasis en la venta de la empresa como negocio en marcha, con la cesión de las obligaciones laborales existentes, en lugar de promover la liquidación o la reorganización, en las que dichas obligaciones pueden modificarse o extinguirse. Las normas jurídicas imperativas, incluidas las consagradas en tratados internacionales<sup>81</sup>, pueden: proteger a los trabajadores contra el despido injustificado y la discriminación; proporcionar a los trabajadores una red de seguridad financiera; establecer restricciones al rechazo o la modificación de los contratos de trabajo<sup>82</sup> y a las condiciones en que pueden realizarse despidos (incluida la notificación previa a los organismos públicos competentes); y garantizar el derecho de los trabajadores a ser debidamente informados de todos los asuntos relacionados con el procedimiento de insolvencia que afecten a su situación laboral y sus derechos. En el caso de la liquidación y la reorganización, pueden ser aplicables otros regímenes diferentes. Por ejemplo, en algunos Estados, los empleados siguen a la empresa cuando esta se vende como negocio en marcha, tanto en el caso de la liquidación como en la de la reorganización, mientras que en otros Estados eso solo sucede en el caso de la reorganización.

4. La [disposición legislativa] tiene por objeto reducir el riesgo de incertidumbres o incoherencias en lo que respecta a[l rechazo, la continuación o la modificación de] los contratos de trabajo [y las relaciones laborales] en los procedimientos de insolvencia, que aumenta si los efectos de la *lex fori concursus* extranjera sobre la insolvencia se aplican a esas cuestiones. Se justifica proporcionar más certeza y coherencia a las expectativas de los trabajadores porque estos suelen estar en una posición más débil que sus empleadores a la hora de negociar, especialmente cuando no existen convenios colectivos. Además, es posible que los trabajadores no estén familiarizados con los procedimientos de insolvencia y las medidas de protección que se les otorga cuando sus empleadores tienen dificultades financieras, y que no estén informados de lo que sucede y desconozcan los planes relacionados con su situación laboral. Los procedimientos de insolvencia se pueden utilizar para menoscabar las medidas de protección a que tienen derecho, por ejemplo, cuando la empresa va a ser vendida como negocio en marcha y la eliminación de contratos de trabajo costosos puede aumentar el precio de venta, o cuando el deudor utiliza una solicitud de insolvencia como medio de que se le exima del cumplimiento de obligaciones gravosas que emanan de contratos de trabajo [o relaciones laborales].

5. Sin embargo, es posible que el criterio adoptado en las [disposiciones legislativas] elimine la flexibilidad que puede ser conveniente y necesaria para mantener a la empresa en funcionamiento, proteger el empleo y garantizar el pago de los sueldos. Conservar esa flexibilidad puede ser especialmente conveniente en el caso de una reorganización. También puede contribuir a la eficiencia en la sustanciación y administración de los procedimientos de insolvencia cuando el deudor tenga trabajadores a los que se apliquen reglas diferentes en lo que respecta a[l rechazo, la continuación o la modificación de] los contratos de trabajo [o las relaciones laborales]. La necesidad de evaluar esas reglas diferentes surgiría, por ejemplo, si el deudor tuviera trabajadores en distintas jurisdicciones en las que la legislación laboral

<sup>81</sup> Véase, p. ej., el Convenio sobre la Terminación de la Relación de Trabajo, 1982 (núm. 158), de la OIT.

<sup>82</sup> Véase la recomendación 71 de la *Guía* y el comentario respectivo.

local fuera aplicable obligatoriamente a[el rechazo, la continuación o la modificación de] los contratos de trabajo [o las relaciones laborales]. Esa necesidad también puede surgir cuando existe libertad de elección de la ley aplicable a los contratos de trabajo. Dicha libertad suele ir acompañada de salvaguardias para proteger a los trabajadores de las consecuencias adversas de su propia aceptación, posiblemente por coacción o falta de información, de las cláusulas de elección de la ley aplicable incluidas en sus contratos de trabajo. Esas salvaguardias pueden variar de una jurisdicción a otra (p. ej., en lo que respecta a las cláusulas de no competencia), pero una de ellas suele ser que la elección de la ley aplicable no puede tener como resultado privar a los trabajadores de la protección que les otorgan las disposiciones que no pueden ser excluidas de común acuerdo de conformidad con la ley que, a falta de esa elección, habría sido aplicable (y que para muchos Estados abarcaría las disposiciones de los tratados internacionales en materia de trabajo que fueran vinculantes para ellos, así como las garantías constitucionales) o tendría una relación más estrecha con el contrato de trabajo [o la relación laboral].

6. Sin embargo, si no se estableciera esa excepción, los efectos de los procedimientos de insolvencia sobre [el rechazo, la continuación o la modificación de ]los contratos de trabajo[ y las relaciones laborales] podrían acabar rigiéndose por la ley aplicable a los procedimientos de insolvencia, que podrían cumplir únicamente una función de coordinación, con una conexión nula o muy lejana con el contrato de trabajo[ o la relación laboral] en cuestión. En ese caso sería necesario conciliar la protección otorgada a los trabajadores por la *lex fori concursus* extranjera, la ley elegida —si correspondiera—, y la ley que habría sido aplicable obligatoriamente en cualquier caso. Otra solución podría consistir en prever una combinación o jerarquía de las leyes aplicables, pero si bien esa solución mantendría la flexibilidad, también podría impedir la sustanciación y administración eficientes de los procedimientos de insolvencia, ya que los tribunales tendrían probablemente que comparar las consecuencias de la aplicación de distintos regímenes laborales.

7. La excepción de orden público permitiría al tribunal desplazar la aplicación de una ley extranjera que fuera manifiestamente contraria al orden público de su Estado (p. ej., una ley que legitimara efectivamente una forma moderna de esclavitud, etc.). [Es posible que sea necesario explicar las consecuencias de ese desplazamiento (véase la sección D supra)].