Naciones Unidas A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1

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)
61er período de sesiones
Viena, 12 a 16 de diciembre de 2022

Ley aplicable en procedimientos de insolvencia

Nota de la Secretaría

Adición

Índice

Página

III. Cuestiones aplazadas para su examen ulterior 2
- A. Lista de cuestiones aplazadas 2
- B. Cuestiones aplazadas con respecto a los aspectos incluidos en la lista de la *lex fori concursus* 3
- C. Excepción a la *lex fori concursus*: sistemas de pago y liquidación y mercados financieros regulados 18

IV. Cuestiones aún no examinadas por el Grupo de Trabajo 19
- A. Primacía de las obligaciones internacionales y normas imperativas inderogables . . . 19
- B. Interpretación 20
- C. Otras cuestiones 20

V.22-22719 (S) 231122 231122

Se ruega reciclar

III. Cuestiones aplazadas para su examen ulterior

A. Lista de cuestiones aplazadas

1. El Grupo de Trabajo aplazó el examen de las siguientes cuestiones con respecto a los aspectos incluidos en la lista de la *lex fori concursus*:

a) En relación con el apartado c), sobre la constitución y magnitud de la masa de la insolvencia, si los efectos del procedimiento de insolvencia sobre el tratamiento de los bienes digitales, los derechos de propiedad intelectual y las licencias se regirían por la *lex fori concursus* o por otra ley[1];

b) En cuanto al apartado d), sobre la protección y conservación de la masa de la insolvencia y con referencia al artículo 20 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (LMIT) (y su comentario) y al artículo 18 del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido) ("texto refundido del REI"), si los efectos de un procedimiento de insolvencia sobre la ejecutabilidad de los acuerdos de arbitraje que se hubieran celebrado, los laudos arbitrales que se hubieran dictado o los procesos arbitrales que se hubieran iniciado antes de la apertura del procedimiento de insolvencia se regirían por la *lex fori concursus* o por otra ley[2];

c) Respecto del apartado g), sobre la anulación y con referencia al artículo 16 del texto refundido del REI, si las disposiciones legislativas deberían excluir la aplicación de la *lex fori concursus* a la anulación de un acto perjudicial para los intereses de los acreedores si ese acto se regía por una ley distinta de la *lex fori concursus* y, en ese caso concreto, esa otra ley no permitía por ningún medio que se impugnara dicho acto[3];

d) En relación con el apartado h), sobre el tratamiento de los contratos y con referencia al artículo 11, párrafo 1, del texto refundido del REI, si los efectos del procedimiento de insolvencia sobre un contrato que otorgara un derecho de adquisición o de uso de un bien inmueble se regirían por la *lex fori concursus* o por la ley del lugar donde estuviera situado el inmueble (*lex rei sitae*)[4];

e) En cuanto al apartado i), sobre el tratamiento de la compensación, la aclaración de los aspectos de la compensación a los que se aplicaría la *lex fori concursus* y los aspectos a los que se aplicarían otras leyes[5];

f) Respecto del apartado j), sobre el tratamiento de los acreedores garantizados, si dicho tratamiento se regiría por la *lex fori concursus* o por otra ley[6];

g) En relación con los apartados k) y l), sobre los derechos y obligaciones del deudor y sobre las obligaciones y funciones del representante de la insolvencia, respectivamente, si prevalecería la *lex fori concursus* o la ley del Estado que otorgara el reconocimiento en caso de suscitarse un conflicto relativo a la forma de tratar las facultades del deudor para representar la masa de la insolvencia en ese Estado. El Grupo de Trabajo acordó estudiar la cuestión en el contexto de las normas relativas a la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia paralelos[7];

h) En cuanto al apartado o), sobre el orden de prelación de los créditos y con referencia al párrafo 84 del comentario de las recomendaciones 30 a 34 de la *Guía*, si sería conveniente elaborar normas destinadas a establecer la equivalencia entre los créditos locales y extranjeros a efectos del tratamiento que deben recibir en el procedimiento de insolvencia y, en caso afirmativo, cómo hacerlo. El Grupo de Trabajo

[1] A/CN.9/1094, párr. 72.
[2] *Ibid.*, párr. 73.
[3] *Ibid.*, párrs. 74 a 76.
[4] *Ibid.*, párr. 77.
[5] *Ibid.*, párr. 78.
[6] *Ibid.*, párr. 79.
[7] *Ibid.*, párr. 80.

consideró que los términos “crédito ordinario” y “equivalente” que figuraban en dicho comentario no eran claros y que era necesario precisar más su sentido, y acordó examinar esas cuestiones en el contexto de las normas relativas a la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia paralelos[8];

i) Con respecto a la propuesta de añadir un apartado t), sobre las obligaciones y responsabilidades de los directores que se tratan en la cuarta parte de la *Guía*, si debería añadirse el apartado y, en caso afirmativo, su alcance y formulación[9];

j) Si la lista de la *lex fori concursus* debería ampliarse para hacer referencia en ella a otros aspectos conexos (que se derivaran del régimen de la insolvencia y estuvieran relacionados con procedimientos de insolvencia)[10].

2. Además, el Grupo de Trabajo aplazó el examen de los límites que tendría la excepción a la *lex fori concursus* que figura en la recomendación 32 de la *Guía*[11].

3. A continuación la secretaría proporciona información de antecedentes y señala algunos aspectos que cabría examinar en relación con esos asuntos.

B. Cuestiones aplazadas con respecto a los aspectos incluidos en la lista de la *lex fori concursus*

1) Tratamiento de los derechos de propiedad intelectual, las licencias y los bienes digitales en los procedimientos de insolvencia

a) Información de antecedentes

4. En su 59º período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que, si bien la *Guía* no contenía ninguna referencia a los “bienes digitales” o a las “licencias”, se mencionaban expresamente en ella los derechos de propiedad intelectual y las licencias al describirse los “bienes inmateriales” que formaban parte de la masa de la insolvencia[12]. Se había invitado al Grupo de Trabajo a que estudiara si los bienes digitales, los derechos de propiedad intelectual y las licencias estarían comprendidos en la misma categoría y deberían recibir el mismo tratamiento. En ese período de sesiones, se consideró útil reforzar la aplicación de la *lex fori concursus* al tratamiento de los bienes digitales, los derechos de propiedad intelectual y las licencias en los procedimientos de insolvencia como parte de la masa de la insolvencia del deudor[13]. Se recordaron las peculiaridades de esos bienes (en particular, las dificultades para localizarlos y determinar la jurisdicción).

5. En su 60º período de sesiones, el Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que sería necesario seguir deliberando antes de que pudiera llegarse a una conclusión firme sobre la ley aplicable a los bienes digitales, los derechos de propiedad intelectual y las licencias. Se recordaron las cuestiones relacionadas con la localización de los bienes digitales y el tratamiento jurídico de las licencias[14]. Se consideró que sería necesario reunir más información sobre el tratamiento de esos bienes en los procedimientos de insolvencia, en consulta con los expertos y las organizaciones pertinentes, como el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)[15].

---

[8] *Ibid.*, párr. 82.
[9] *Ibid.*, párr. 83.
[10] *Ibid.*, párr. 71.
[11] *Ibid.*, párr. 87.
[12] Véanse las recomendaciones 35 a 38 de la *Guía* y los comentarios respectivos.
[13] A/CN.9/1088, párr. 91.
[14] Véanse, p. ej., Tribunal de Justicia europeo, *Comité d’entreprise de Nortel Networks SA y otros c. Cosme Rogeau, y Cosme Rogeau c. Alan Robert Bloom y otros*, C-649/13, párrs. 10, 15 y 47 a 55 (https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164958&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=487075), y Canadá, Tribunal Superior de Justicia, 12 de mayo de 2015, *Re Nortel Networks Corporation*, 2015 ONSC 2987 (https://kmlaw.ca/wp-content/uploads/2015/07/nortel_AllocationDec_12May15.pdf).
[15] A/CN.9/1094, párr. 72.

6. De conformidad con esa petición, la secretaría mantuvo consultas con la OMPI sobre el tratamiento de los derechos de propiedad intelectual y las licencias en los procedimientos de insolvencia, y tomó conocimiento de que la OMPI no se había ocupado de esa cuestión hasta la fecha. De las consultas con el UNIDROIT se desprendió que este había avanzado en el examen del tema de los bienes digitales, en particular respecto del tratamiento que recibían en los procedimientos de insolvencia y las cuestiones de derecho internacional privado relacionadas con esos bienes.

b) Tratamiento de los derechos de propiedad intelectual y las licencias en los procedimientos de insolvencia

7. El Grupo de Trabajo también consideró que necesitaba más información sobre el tratamiento de los derechos de propiedad intelectual y las licencias en los procedimientos de insolvencia antes de poder decidir cuál sería la ley que regiría los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos de propiedad intelectual y las licencias[16]. La *Guía* se tomó como base para el análisis que a continuación se hace de las disposiciones del régimen sustantivo de la insolvencia relativas al tratamiento de los derechos de propiedad intelectual y las licencias en los procedimientos de insolvencia, aunque se señaló que la *Guía* no era un tratado ni una ley modelo y que el tratamiento de los derechos de propiedad intelectual y las licencias en esos procedimientos variaba en gran medida de una jurisdicción a otra y había evolucionado considerablemente desde la aprobación de la *Guía*. El tratamiento de la propiedad intelectual en los procedimientos de insolvencia puede depender de muchos factores, en particular de la propiedad intelectual de que se trate (es decir, si goza de protección). Por ejemplo, en algunas jurisdicciones se protegen las marcas y los secretos comerciales, mientras que en otras no. También es posible que se apliquen regímenes diferentes según se trate de propiedad intelectual nacional o extranjera, y que se proteja solo a la primera. En un único procedimiento de insolvencia que se haya abierto en una sola jurisdicción, el tratamiento de la propiedad intelectual puede depender, por ejemplo, de las condiciones establecidas en la licencia de propiedad intelectual y de si el deudor reviste la calidad de licenciante o licenciatario.

8. En la *Guía* se recomienda que los derechos de propiedad intelectual y las licencias formen parte de la masa de la insolvencia: cuando el deudor es el titular de los derechos de propiedad intelectual o el licenciante, la propiedad intelectual integra la masa de la insolvencia del deudor. Cuando el deudor es el licenciatario, sus derechos de propiedad intelectual forman parte de la masa de la insolvencia. Por consiguiente, en el marco del régimen sustantivo de la insolvencia que se recomienda en la *Guía*, la paralización del procedimiento impediría a la otra parte en el contrato de licencia de propiedad intelectual adoptar cualquier medida con respecto a la licencia durante el procedimiento de insolvencia, en particular modificar o poner fin a la licencia de forma unilateral.

9. Como se señaló en el documento A/CN.9/WG.V/WP.87 que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en su 36º período de sesiones, celebrado en 2009, de los documentos del Grupo de Trabajo surge que solo se plantearon cuestiones concretamente relacionadas con la propiedad intelectual en dos ocasiones cuando se preparó la *Guía*, ambas en el contexto del tratamiento de los contratos tras la apertura de procedimientos de insolvencia, y que esas cuestiones no suscitaron extensas deliberaciones. Las cuestiones relativas a la propiedad intelectual se tratan en la *Guía* de la siguiente manera:

a) como factor que favorece el respeto de las cláusulas de extinción o agilización automática, en el sentido de que los creadores de ideas reconocidas como propiedad intelectual deben poder controlar su explotación comercial, o habida cuenta de las repercusiones que pueda tener la extinción de un contrato relativo a un bien inmaterial en el negocio de la otra parte (segunda parte, cap. II, párr. 115);

b) como factor que apoya que se niegue eficacia a esas cláusulas de extinción o agilización automática cuando, en una reorganización, por ejemplo, si se trata de un contrato de utilización de bienes de propiedad intelectual incorporados a algún producto

[16] *Ibid.*

clave de la empresa y la ejecución continuada del contrato puede aumentar la rentabilidad potencial del negocio, asegurar el valor y contribuir a que todos los acreedores accedan a que se abra un procedimiento de reorganización (segunda parte, cap. II, párr. 116), y

c) en el contexto de los dos tipos de excepciones generales a la facultad de continuar la ejecución, rechazar o ceder contratos, que prevén los regímenes de la insolvencia. El primer tipo de excepción se refiere a determinadas categorías de contratos, de los que se mencionan varios ejemplos, a saber: los contratos financieros de corta duración, los contratos de seguros y los relativos a la obtención de préstamos. En el comentario se agrega que "las excepciones a la facultad de rechazar contratos también pueden ser adecuadas en el caso de[, entre otros,] los acuerdos en los que el deudor sea arrendador, titular de una franquicia o beneficiario de una licencia de propiedad intelectual, y en que la extinción del contrato pueda arruinar o perjudicar gravemente el negocio de la otra parte, especialmente cuando no reporte grandes ventajas para el deudor". Las otras dos categorías de contratos que se analizan detalladamente en esa sección son los contratos de trabajo y los contratos sobre servicios irreemplazables y personales (segunda parte, cap. II, párr. 143). El segundo tipo de excepción se refiere a los contratos que no pueden mantenerse porque estipulan la obligación de prestar un servicio personal irreemplazable. Como ejemplo se cita un contrato que prevea algún derecho de propiedad intelectual en particular (segunda parte, cap. II, párr. 146).

10. Así pues, en la *Guía* se examina el tratamiento de la propiedad intelectual en los procedimientos de insolvencia principalmente en el contexto del régimen aplicable al mantenimiento de un contrato (recomendaciones 69 a 86 y su correspondiente comentario). De hecho, en la práctica, las licencias de propiedad intelectual suelen estar comprendidas en la categoría de contratos mantenidos, ya que cabe prever que ambas partes continúen ejecutando algún tipo de prestación. Por ejemplo, es probable que el licenciatario tenga que seguir pagando regalías para poder utilizar la propiedad intelectual, al tiempo que es posible que el licenciante se vea obligado a continuar absteniéndose de demandar al licenciatario por infracción (siempre que se paguen las regalías pactadas). Sin embargo, esto no se aplica necesariamente a todos los tipos de licencias de propiedad intelectual.

11. Según la *Guía*, en el régimen de la insolvencia se aplican reglas especiales a los contratos mantenidos. En particular, el representante de la insolvencia tendría la opción de decidir, dentro de un plazo determinado, si se seguirá cumpliendo el contrato o si lo rechazará (la *Guía* no permite adoptar un criterio selectivo de validez). En algunos ordenamientos, se prevé que se interrumpa el cumplimiento del contrato, salvo que el representante de la insolvencia decida lo contrario. Si decide mantener el contrato, el representante de la insolvencia debería subsanar todo incumplimiento contractual anterior a la insolvencia. El rechazo del contrato mantenido se considera un incumplimiento, lo que confiere un crédito no garantizado a la otra parte. El representante de la insolvencia también puede optar por ceder un contrato, pese a las restricciones estipuladas en él. Sin embargo, la cesión de ciertos contratos, como los que tienen por objeto la prestación de servicios irreemplazables o personales, puede ser imposible. El objetivo primordial que se contempla en el ejercicio de las opciones de mantener, rechazar o ceder contratos es obtener el máximo valor posible de la masa y reducir su pasivo.

12. En caso de que se decida mantener los contratos de licencia de propiedad intelectual, el representante de la insolvencia del deudor licenciante tendría varias opciones con respecto a ellos, como se ha descrito anteriormente. Si se rechaza la licencia, esto puede repercutir sustancialmente en el negocio del licenciatario y en la continuidad de los derechos de uso de la propiedad intelectual objeto de licencia. Por ejemplo, en algunos casos puede ser imposible utilizar el material protegido por derechos de autor sin la marca registrada con licencia. Por esta razón, en algunas jurisdicciones se da cierta protección al licenciatario, en particular permitiéndole elegir entre lo siguiente: a) considerar que el rechazo del contrato de licencia constituye una rescisión y presentar una reclamación contra el deudor licenciante en el procedimiento

de insolvencia, o b) conservar los derechos que le otorga la licencia incluso contra la voluntad del licenciante. En este último caso, el licenciante (y el representante de la insolvencia), aunque haya rechazado el contrato de licencia, no puede interferir en los derechos que la licencia confiere al licenciatario. La facultad de conservar los derechos puede estar sujeta a determinadas condiciones y limitaciones. En particular, tal vez se vea limitada la posibilidad del licenciatario de ceder los derechos que le correspondan en virtud de la licencia sin el consentimiento del licenciante. Además, el licenciante puede quedar exento de las obligaciones estipuladas en el contrato de licencia, como las de pagar las tasas de mantenimiento de la patente o entregar al licenciatario toda versión o mejora posterior de la licencia de propiedad intelectual, en tanto que el licenciatario quedaría obligado a continuar pagando las regalías. Asimismo, cabe prever que el licenciatario renuncie a los créditos que tenga frente al licenciante y al derecho de compensación en el procedimiento de insolvencia.

13. Cuando el deudor es el licenciatario, el licenciante de la propiedad intelectual puede ver afectada una importante fuente de ingresos. Si se mantiene la licencia, las regalías que se paguen en virtud de ella con posterioridad a la apertura del procedimiento pasan a ser un "gasto administrativo". En algunos regímenes, el representante de la insolvencia del deudor licenciatario puede no tener la misma discrecionalidad que el representante de la insolvencia del deudor licenciante para mantener o rechazar el contrato o cederlo a terceros. Varios tribunales han sostenido que la legislación sobre patentes, marcas y derechos de autor impide ceder una licencia de propiedad intelectual sin el consentimiento del licenciante. Han llegado a la conclusión de que el representante de la insolvencia del deudor licenciatario no puede, por lo tanto, ceder la licencia sin el consentimiento del licenciante. Algunos tribunales aplican el criterio de la "voluntad real", que permite al representante de la insolvencia mantener la licencia de propiedad intelectual cuando no existe la voluntad real de cederla posteriormente. Otros, en cambio, adoptan el criterio "hipotético" y no permiten que el representante de la insolvencia mantenga la licencia de propiedad intelectual, porque presumen que la podría ceder con posterioridad. Este último criterio deja al representante de la insolvencia del deudor licenciatario sin otra opción que rechazar o poner fin a la licencia de propiedad intelectual. En las jurisdicciones en las que se permiten los acuerdos de ratificación de la deuda (en inglés llamados "*ride-through*"), el deudor licenciatario puede hacer uso de esa opción, con sujeción a determinadas condiciones y salvaguardias (análogas a las descritas en los párrs. 343 y 344 de la quinta parte de la *Guía*).

14. Las consideraciones anteriores se aplican a las licencias de propiedad intelectual no exclusivas que se estima que hacen nacer derechos personales y no derechos reales, y que no pueden cederse si el licenciante se opone. En cambio, muchos tribunales han considerado que el licenciatario de una licencia exclusiva goza de todos los derechos del licenciante, en particular el derecho a cederla, de modo que el licenciatario tiene efectivamente un derecho de dominio sobre la propiedad intelectual, cuya aceptación y cesión no pueden, o no deben, limitarse. Por consiguiente, según esa posición, la licencia exclusiva confiere al deudor licenciatario la facultad de aceptar un contrato de licencia de propiedad intelectual y cederlo a otra entidad en contra de la voluntad del licenciante.

15. Conforme a la recomendación 30 de la *Guía*, el régimen aplicable a la validez y eficacia de los derechos de propiedad intelectual y créditos existentes en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia sería establecido por las normas de derecho internacional privado del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia. El criterio principal es el territorial. El marco jurídico aplicable al tratamiento de gran parte de la propiedad intelectual está armonizado mediante normas sustantivas uniformes establecidas en acuerdos multilaterales, como el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC).

16. En cuanto a la ley aplicable a los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos de propiedad intelectual, en las consultas que la secretaría mantuvo con expertos se indicó que no sería necesario establecer una excepción a la *lex fori concursus*. Se determinó que la localización de los derechos de propiedad intelectual

era la principal cuestión que se suscitaba como consecuencia del tratamiento de esos derechos en el procedimiento de insolvencia. Como se señala en el párrafo 10 del documento A/CN.9/WG.V/WP.183, esa cuestión puede quedar fuera del ámbito de este proyecto.

c) Tratamiento de los bienes digitales en los procedimientos de insolvencia

17. El Grupo de Trabajo también consideró que necesitaba más información sobre el tratamiento de los bienes digitales en los procedimientos de insolvencia antes de estar en condiciones de decidir cuál sería la ley que regiría los efectos del procedimiento de insolvencia sobre esos bienes[17]. El Grupo de Trabajo tal vez desee observar que, si bien la *Guía* no se ocupa expresamente de los bienes digitales, el tratamiento de esos bienes en los procedimientos de insolvencia puede depender del bien en cuestión. Por ejemplo, pueden surgir derechos y obligaciones con respecto a ciertos bienes digitales en los sistemas de pago y liquidación y en los mercados financieros y, por lo tanto, serían aplicables las recomendaciones 32 y 101 a 107 de la *Guía*.

18. El Grupo de Trabajo tal vez desee también recordar que, en su 59º período de sesiones, la secretaría señaló a su atención la labor que venía realizando el UNIDROIT en relación con los bienes digitales y el derecho privado[18]. El proyecto de principios y los comentarios sobre el tema que se presentaron al Grupo de Trabajo del UNIDROIT sobre Bienes Digitales y Derecho Privado en su sexto período de sesiones (Roma, 31 de agosto a 2 de septiembre de 2022) pueden consultarse en el sitio web del UNIDROIT[19]. En ellos se tratan, entre otros, los siguientes asuntos: a) las normas de derecho internacional privado (proyecto de principio 5); b) la insolvencia del custodio (proyecto de principio 15); c) los efectos de la insolvencia sobre los derechos [y garantías] reales existentes sobre los bienes digitales (proyecto de principio 21), y d) la ejecución (proyecto de principio 20, que está vinculado al proyecto del UNIDROIT sobre la ejecución efectiva)[20]. El Grupo de Trabajo tal vez desee aplazar su decisión sobre si debería incluirse en las disposiciones legislativas alguna excepción a la *lex fori concursus* en relación con los bienes digitales hasta después de que examine los resultados de esa labor del UNIDROIT. La secretaría de la CNUDMI señalará esos resultados a la atención del Grupo de Trabajo a su debido tiempo.

2. Acuerdos de arbitraje y procesos arbitrales

19. En su 59º período de sesiones, el Grupo de Trabajo escuchó opiniones acerca de la conveniencia de confirmar los efectos de la *lex fori concursus* sobre los procesos arbitrales[21]. Se señaló que en los textos de la CNUDMI relativos a la insolvencia no se trataba esa cuestión explícitamente. En vista de la función que desempeñaba el arbitraje en el comercio internacional, se estimó importante colmar esa laguna, sobre la base del comentario correspondiente que ya figuraba en los textos de la CNUDMI en materia de insolvencia, como el comentario del artículo 20 de la LMIT[22]. Se expresó apoyo a esa propuesta[23]. Al mismo tiempo, se estimó necesario responder a dificultades que surgían

---

[17] *Ibid*.

[18] A/CN.9/WG.V/WP.176, párr. 33 h).

[19] Study LXXXII – W.G.6 – Doc.2, que puede consultarse en https://unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private-law/#1622753957479-e442fd67-036d.

[20] Para más información, véase https://unidroit.org/work-in-progress/enforcement-best-practices/.

[21] *Ibid*., párr. 79.

[22] *Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza* (GEI), párr. 180, en el que se señala que el párr. 1 a) del artículo 20 de la LMIT abarca las acciones entabladas ante un tribunal arbitral, lo que establece una limitación imperativa a la eficacia eventual de todo acuerdo de arbitraje. Se trata de una limitación adicional a toda otra impuesta por el derecho interno a la autonomía contractual de las partes en materia de arbitraje (p. ej., en cuanto a la materia arbitrable o a la capacidad para concluir un acuerdo de arbitraje) y que no es contraria a la Convención de Nueva York.

[23] A/CN.9/1088, párr. 81.

en la práctica cuando se imponía y ejecutaba una paralización de los procesos arbitrales que se sustanciaban en el extranjero[24].

20. En su 60º período de sesiones, el Grupo de Trabajo discutió los efectos de la apertura del procedimiento de insolvencia respecto de las siguientes cuestiones: a) la ejecutabilidad de los acuerdos de arbitraje y los resultados de los procesos arbitrales concluidos antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, señalando que esas cuestiones podrían estar comprendidas en la recomendación 30 de la *Guía*, y b) los procesos arbitrales en curso, que, de conformidad con los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia, debían paralizarse. Volvió a sugerirse que se incluyeran en las disposiciones legislativas normas expresas sobre la ley aplicable en relación con esos aspectos. En ese contexto, se expresó la opinión de que el criterio que se adoptaba en el artículo 18 del texto refundido del REI era obsoleto e inadecuado, puesto que el lugar en que se sustanciara el arbitraje tal vez tuviera una relación muy remota con el deudor y la masa de la insolvencia. Otros, en cambio, opinaron que el criterio que se seguía en el texto refundido del REI era viable en vista de las complicaciones que presentaba la aplicación del artículo 20 de la LMIT en el contexto de la reorganización, en particular cuando el deudor estaba en posesión del negocio[25].

21. El Grupo de Trabajo tal vez desee recordar que el comentario del artículo 20 de la LMIT con respecto a los efectos de la paralización del procedimiento sobre las actuaciones arbitrales se incluyó en el contexto estricto de los efectos del reconocimiento de un procedimiento principal extranjero sobre la iniciación o la continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor, que se deben paralizar a partir de dicho reconocimiento. En cambio, en la *Guía* se plantean las mismas consideraciones de forma más amplia en el contexto de las recomendaciones sobre las medidas aplicables en el momento del inicio de un procedimiento de insolvencia y la exención de los efectos de dichas medidas[26]. Esas disposiciones deberían leerse junto con la recomendación 47 (la última oración) de la *Guía*, y con el artículo 20, párrafo 3, de la LMIT, que establecen que quedan excluidas de la aplicación de la paralización las acciones o procedimientos individuales que sean necesarios para preservar un crédito contra el deudor. Además, en el comentario del artículo 20 de la LMIT se reconoce que el interés de las partes puede ser una razón para que se permita proseguir el proceso arbitral, posibilidad prevista en el párrafo 2 de dicho artículo que se supedita a lo que disponga el derecho interno del Estado promulgante.

22. De conformidad con el artículo 18 del texto refundido del REI, los efectos del procedimiento de insolvencia sobre procedimientos arbitrales en curso en relación con un bien o un derecho que formen parte de la masa de la insolvencia del deudor se rigen exclusivamente por la ley del Estado en el que tenga su sede el tribunal arbitral. En el considerando 73 del texto refundido del REI se señala que el artículo 18 no debe afectar a las normas nacionales sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. Dado que son 170 los Estados partes en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958[27] (la Convención de Nueva York), los asuntos relacionados con el arbitraje comercial internacional en la mayoría de los Estados quedan contemplados en dicha Convención.

23. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar más a fondo el asunto junto con las disposiciones legislativas propuestas a ese respecto (en particular, sobre la apertura, la protección y la conservación de la masa de la insolvencia, la anulación y el tratamiento de los contratos) y las diversas situaciones posibles que pueden plantear cuestiones

[24] *Ibid.*, párr. 86. En el párr. 180 de la GEI se reconoce que, habida cuenta de las particularidades del arbitraje internacional, en particular su independencia relativa del orden jurídico interno del Estado en que se celebra, tal vez en la práctica no siempre sea posible paralizar automáticamente las actuaciones arbitrales. Por ejemplo, si el arbitraje no se celebra en el Estado promulgante ni en el Estado en que tenga lugar el procedimiento principal, puede ser difícil paralizar el proceso arbitral.

[25] A/CN.9/1094, párr. 73.

[26] Véanse, p. ej., la nota 20 de pie de página de la recomendación 46 de la *Guía*, que remite al art. 20 de la LMIT, y la recomendación 49 de la *Guía*.

[27] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, núm. 4739.

diferentes (p. ej., la posibilidad de que exista un acuerdo de arbitraje válido aunque no se haya iniciado aún ningún proceso arbitral; la posibilidad de que una de las partes solicite, incluso de forma indebida, la apertura de un procedimiento de insolvencia en contravención del acuerdo de arbitraje; el inicio del proceso arbitral antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, y la emisión del laudo arbitral poco antes de la apertura del procedimiento de insolvencia).

3. Anulación, compensación y tratamiento de los acreedores garantizados

a) Información de antecedentes

24. En sus períodos de sesiones 59º y 60º, el Grupo de Trabajo tomó nota de las diferencias de criterio en cuanto a la ley que regía los efectos del procedimiento de insolvencia sobre la compensación, los derechos reales [28] (el tratamiento de los acreedores garantizados en particular) y las excepciones a la aplicación de la *lex fori concursus* a la anulación[29]. En ese contexto, se hizo referencia a las recomendaciones 30 a 34 de la *Guía*, a su comentario y a los antecedentes de su redacción, al informe del Coloquio, a los documentos de trabajo (A/CN.9/WG.V/WP.176 y A/CN.9/WG.V/WP.179), al texto refundido del REI y a las Reglas Generales. Se expresó la opinión de que, si bien en el comentario de las recomendaciones 30 a 34 de la *Guía* se señalaba que existían criterios diferentes en cuanto a la forma de determinar la ley que regía la anulación, la compensación y las garantías reales en los procedimientos de insolvencia y se mencionaban los principios en que se basaban esos criterios, en el comentario no se explicaba claramente por qué entre las excepciones a la *lex fori concursus* no figuraban esas cuestiones[30].

25. Durante las deliberaciones, el Grupo de Trabajo se planteó si la protección de las expectativas legítimas de las partes en las operaciones debía prevalecer sobre otras consideraciones en todos los casos. Se observó que los criterios que se habían adoptado en el texto refundido del REI respecto de esas cuestiones eran discutibles. Algunos pusieron en duda que pudieran aplicarse a nivel mundial y que fueran necesarios a la luz del marco de la CNUDMI en materia de insolvencia, que garantizaba la protección adecuada de los acreedores y otras personas interesadas. Otros adujeron que determinar cuáles eran las expectativas de las partes en las operaciones que se considerarían legítimas también era una cuestión debatible. Se expresó la opinión de que el Grupo de Trabajo debía proceder con cautela cuando contemplara la posibilidad de apartarse de los criterios normativos por los que había optado la CNUDMI al aprobar las recomendaciones 30 a 34; cualquier apartamiento de esos criterios tendría que justificarse atendiendo a las necesidades reales y al objetivo de simplificar las normas sobre la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia[31].

b) Anulación

26. Respecto de la anulación, el Grupo de Trabajo acordó seguir examinando la cuestión tomando como punto de partida el criterio que se adoptaba en la *Guía*[32].

---

[28] Respecto de los “derechos reales”, el Grupo de Trabajo, en su 60º período de sesiones, observó que los textos de la CNUDMI no preveían la definición de ese término y que en el art. 8, párr. 2, del texto refundido del REI podía verse, a título de ejemplo, una lista de lo que se consideraría derechos reales. En relación con el art. 32 de la LMIT, en el que se hacía referencia tanto a los créditos garantizados como a los derechos reales, el Grupo de Trabajo tomó nota del comentario que figuraba en el párr. 241 de la GEI, en el que se explicaban esas referencias y la superposición que se producía entre ellas y se invitaba a los Estados promulgantes a emplear otro u otros términos para expresar esos conceptos (véase A/CN.9/WG.V/WP.179, párr. 31).

[29] A/CN.9/1088, párr. 83 y su nota de pie de página, y A/CN.9/1094, párrs. 74 a 76 y 78.

[30] *Ibid.*, párr. 78.

[31] *Ibid.*, párr. 84.

[32] A/CN.9/1094, párr. 76.

Criterio de la Guía

27. A la luz de las observaciones formuladas en el Grupo de Trabajo en su 60º período de sesiones en otro contexto[33], la secretaría desea aclarar que las disposiciones en materia de nulidad que figuran en la *Guía* son aplicables a las operaciones que hayan tenido lugar antes de la apertura del procedimiento de insolvencia (véase el término c) del glosario). No son aplicables a las operaciones no autorizadas que puedan tener lugar durante el procedimiento, a las que se apliquen otras normas sobre la utilización y disposición de los bienes. No obstante, las disposiciones en materia de nulidad también pueden ser pertinentes cuando se convierta un tipo de procedimiento en otro (p. ej., una reorganización en un procedimiento de liquidación).

28. Según la *Guía*, la *lex fori concursus* determina los tipos de operaciones que pueden ser anuladas y las operaciones no anulables; los criterios de anulación, en particular los elementos que deben demostrarse y las excepciones oponibles[34]; la duración del período de sospecha y la fecha a partir de la cual se aplica retroactivamente; los tribunales competentes para conocer de las acciones de anulación en el Estado en que se haya abierto el procedimiento de insolvencia; quiénes pueden iniciar un procedimiento de anulación y las condiciones en que pueden hacerlo; el origen de los fondos necesarios para costear las acciones de anulación, en particular la admisibilidad de la financiación por terceros y las condiciones y salvaguardias previstas para obtener dicha financiación; los efectos de la anulación; la responsabilidad de la otra parte en la operación anulable y los recursos legales en caso de incumplimiento, y la admisibilidad y el alcance de la anulación y las operaciones que pueden anularse, así como las operaciones no anulables en caso de conversión del procedimiento. Las leyes no referentes a la insolvencia pueden complementar o limitar las disposiciones del régimen de la insolvencia en materia de nulidad, en particular con respecto a los actos por los que se pretende anular las operaciones que perjudiquen a los acreedores al margen del régimen de la insolvencia (p. ej., la acción pauliana), las operaciones basadas en información privilegiada, la compensación global por saldos netos, los contratos de derivados y las operaciones con bienes matrimoniales.

29. Si el Grupo de Trabajo decide mantener el criterio de la *Guía*, tal vez desee colmar las lagunas de las disposiciones. Por ejemplo, en la *Guía* no se indica expresamente la ley que regiría la anulación de los derechos y obligaciones de los participantes en los sistemas de pago y liquidación y en los mercados financieros regulados (la excepción a la *lex fori concursus* que prevé la recomendación 32; véase más adelante la disposición legislativa propuesta) ni la ley que regiría la anulación del rechazo, la continuación o la modificación de los contratos de trabajo (la excepción a la *lex fori concursus* que figura en la recomendación 33; véase la disposición legislativa propuesta en el documento A/CN.9/WG.V/WP.183). Además, como se señaló en el Grupo de Trabajo, la *Guía* guarda silencio en relación con los motivos por los que se eligió ese criterio. Cabe esperar que en las disposiciones legislativas se expliquen esos motivos y se atienda a las inquietudes de que dicho criterio no promueve la certeza en el mercado, no garantiza la previsibilidad y no protege las expectativas legítimas de los acreedores, ya que la operación puede resultar anulada a tenor de una ley que carezca de conexión o tenga una conexión lejana con ella. Una de las respuestas que se han dado hasta el momento en el Grupo de Trabajo a esas inquietudes es que, a la luz del derecho internacional relativo a la insolvencia, cabe esperar que quienes sean parte en operaciones comerciales sepan que lo más probable es que sean objeto de un procedimiento de insolvencia en la jurisdicción en la que tengan el respectivo centro de los principales intereses (CPI)[35] y

[33] *Ibid.*, párr. 50.

[34] Si bien no se menciona expresamente en la *Guía*, una de esas excepciones podría ser que la operación se rige por una ley que, en ese caso concreto, no permite que se la impugne por ningún medio. Algunos Estados pueden optar por desestimar esa excepción si se demuestra que esa otra ley no tiene ninguna relación sustancial con las partes ni con la operación, y si no existe ningún otro fundamento razonable que justifique la elección de esa ley como la ley que regirá la operación en cuestión.

[35] Véase, p. ej., el párr. 29 de la *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas* (LMIGE) (GE).

que, por lo tanto, la ley de la jurisdicción del CPI puede producir efectos en el tratamiento de sus derechos, créditos y operaciones en el procedimiento de insolvencia, entre ellos el desplazamiento de la ley que de lo contrario se aplicaría a sus operaciones. Además, se consideró que el marco de la insolvencia transfronteriza de la CNUDMI protegía a los acreedores y a otras personas interesadas frente a los efectos inaceptables de una ley extranjera[36] y que, de ser necesario, ese marco podría reforzarse para que permitiera determinar la ley que regiría los efectos del procedimiento de insolvencia e individualizar de manera más previsible los riesgos empresariales y comerciales. Atender esas inquietudes puede atenuar las dificultades que surgen en relación con el reconocimiento y la ejecución transfronterizos de los efectos de la anulación con arreglo a la *lex fori concursus*, en particular la imposición de sanciones a la otra parte si incurre en incumplimiento.

Otros criterios

30. En el comentario de las recomendaciones 30 a 34 de la *Guía* y en el informe del Coloquio se hace referencia a otros criterios posibles, en particular aquel según el cual la ley aplicable a la operación o la ley del lugar donde esté ubicado el bien (*lex rei sitae*) regiría las acciones de anulación relacionadas con esa operación o ese bien. El principio en que se basa ese criterio es el de proteger a la otra parte y su decisión de someterse a la ley que rige sus operaciones con el deudor, ofreciéndole cierto grado de certeza y previsibilidad en el sentido de que esas operaciones no se verán afectadas posteriormente en un procedimiento de insolvencia. En algunos regímenes se combinan la *lex fori concursus* y la ley que rige la operación de varias maneras. Según un criterio, una operación no puede ser objeto de anulación en caso de insolvencia a menos que sea anulable con arreglo a la *lex fori concursus* y también a la ley que rige la operación. Se argumenta que tal criterio reduce el costo del crédito y de las operaciones comerciales al disminuir el riesgo de anulación. Otro criterio establece que una operación es anulable si es posible lograr su anulación ya sea a tenor de la *lex fori concursus* o de la ley que rige la operación. Un régimen, por ejemplo, establece que la *lex fori concursus* se aplicará a la anulación, pero admite la aplicación de una legislación diferente cuando esta es más rigurosa que la ley del foro y daría lugar a la anulación de una mayor variedad de operaciones.

31. Hasta el momento el Grupo de Trabajo ha examinado el criterio adoptado en el artículo 16 del texto refundido del REI, que prevé la protección de un acto frente a la anulación si el acto está sujeto a una ley distinta de la *lex fori concursus* y que, en ese caso concreto, esa otra ley no permite por ningún medio que se impugne dicho acto. En ese contexto, señaló una posible salvaguardia encaminada a prevenir abusos en la elección de la ley aplicable[37]. Se expresaron inquietudes en el Grupo de Trabajo en relación con ese criterio, entre ellas, que repercutía negativamente en los siguientes objetivos: a) tratar de manera equitativa a los acreedores que se encontraran en circunstancias similares, ya que proporcionaba protección adicional solo para algunos acreedores, y b) lograr certeza, simplicidad y eficiencia administrativa en los procedimientos de insolvencia, habida cuenta de que el criterio era complicado (p. ej., exigía que se localizara el acto perjudicial, lo que tal vez fuera difícil, sobre todo en el mundo digital).

32. Si el Grupo de Trabajo decide apartarse del criterio que se adopta en la *Guía*, cabe esperar que examine otros criterios y las consecuencias que tendría cada uno de ellos en el logro de los objetivos de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente que se enumeran en la recomendación 1 de la *Guía*. En particular, en el supuesto de todos los otros criterios mencionados anteriormente sería necesario que los tribunales evaluaran un régimen de anulación extranjero. Si bien puede observarse cierta convergencia con respecto a algunos conceptos fundamentales en materia de anulación entre las distintas jurisdicciones, por ejemplo, en relación con los tipos de operaciones que suelen anularse, sigue habiendo una gran divergencia en cuanto a otros elementos conexos con

[36] Véanse, p. ej., el art. 6 de la LMIT sobre la excepción de orden público y los arts. 21 y 22 de la LMIT sobre la protección de los acreedores y de otras personas interesadas.

[37] Véase, p. ej., la Regla General 23.

la anulación, como los criterios de anulación, qué constituiría el curso ordinario de los negocios y a quiénes se consideraría personas allegadas (véanse las secciones pertinentes del documento A/CN.9/WG.V/WP.183). En algunas jurisdicciones se utilizan criterios objetivos y se anulan todas las operaciones que hayan tenido lugar durante el período de sospecha, las operaciones a título gratuito y las operaciones con personas allegadas, mientras que en otras se adoptan criterios subjetivos que requieren un enfoque individualizado y que se demuestre la intención, el conocimiento, etc. A su vez, en otros ordenamientos se combinan ambos tipos de criterios. Dentro de una misma jurisdicción, los criterios de anulación, las presunciones, la atribución de la carga de la prueba y la duración del período de sospecha pueden variar según las partes afectadas (p. ej., directores u otras personas allegadas) y el motivo de la anulación (p. ej., fraude). Los efectos de la anulación también pueden ser diferentes en función de todos esos factores: algunas operaciones pueden quedar anuladas automáticamente y otras serán anulables. El plazo para iniciar los procedimientos de anulación también puede variar de una jurisdicción a otra. Todo ello da lugar a que la anulación sea compleja, prolongada e imprevisible, especialmente cuando deben demostrarse la intención y el conocimiento de las partes en las operaciones objeto de anulación. Estas inquietudes se verían exacerbadas por la necesidad de evaluar, en procedimientos nacionales de insolvencia o los de anulación que se tramiten aparte, un régimen de anulación extranjero que no estaría necesariamente regulado solo por el régimen de la insolvencia, sino también por leyes distintas del régimen de la insolvencia que resultarían aplicables.

c) Tratamiento de la compensación

33. En su 59º período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que la compensación podía no ser una cuestión exclusiva del régimen de la insolvencia, puesto que podía estar vinculada con el derecho de los contratos y posiblemente también con los derechos reales[38]. Se señaló que la inclusión del tratamiento de la compensación en la lista de la *lex fori concursus* contribuiría a precisar más ese aspecto, circunscribiéndolo a la cuestión clave, a saber, si se permitiría la compensación con arreglo a la *lex fori concursus*[39]. En su 60º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en modificar el apartado i) de la lista de la *lex fori concursus* para que dijera "el tratamiento de la compensación" en lugar de "la compensación", como figuraba en la recomendación 31. Además, decidió que se aclararan en una etapa posterior otras cuestiones relacionadas con ese aspecto[40]. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las siguientes cuestiones en relación con ese aspecto y determinar si podrían servir de base para redactar un comentario del apartado i) modificado. La secretaría tomó como punto de partida el criterio que se adoptaba en la *Guía*.

34. Existen diferentes tipos de compensación (contractual, legal, fundada en la equidad, bancaria, etc.). El apartado i) se refiere únicamente a la compensación aplicable de manera obligatoria en el marco de la insolvencia, con independencia de cualquier arreglo contractual celebrado entre las partes. Ese régimen se regiría por la *lex fori concursus*. Las partes no pueden establecer excepciones a ese régimen.

35. En el comentario de las recomendaciones 30 a 34 de la *Guía* se explica por qué debería ser así. Se reconoce que los derechos de compensación pueden ser objeto de una ley distinta de la del foro por motivos relacionados con las expectativas de las partes, especialmente si hacen negocios entre sí con regularidad. Al mismo tiempo, en el párrafo 91 del comentario se afirma que las reglas del foro en materia de compensación deberían aplicarse a los créditos sobre la base de que, en caso de insolvencia, los derechos de compensación están estrechamente relacionados con la prueba y cuantificación de los créditos y las políticas que rigen el tratamiento por igual de los acreedores. Se observa además que, habida cuenta de que estas son cuestiones que están

[38] El Grupo de Trabajo tal vez desee observar que cuando se preparó la LMIT se puso en duda que la compensación debiera incluirse en el ámbito de los derechos reales. Posteriormente, el Grupo de Trabajo no estimó necesario definir el término "derechos reales" y dejó esa labor a la legislación nacional (A/CN.9/422, párrs. 63 y 64).

[39] A/CN.9/1088, párr. 65 b).

[40] A/CN.9/1094, párr. 78.

reguladas por la ley del foro, los derechos de compensación deberían estar regulados de manera análoga.

36. Según la *Guía*, la *lex fori concursus* determinará si la compensación está permitida en los procedimientos de insolvencia. El criterio recomendado respecto del tratamiento de la compensación en el marco de la insolvencia figura en la recomendación 100 y en el respectivo comentario de la *Guía* y establece que el régimen de la insolvencia debería amparar todo derecho general de compensación en virtud de toda normativa legal distinta del régimen de la insolvencia que haya nacido antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, a reserva de lo que prevean las disposiciones sobre la anulación. El régimen aplicable a la validez y eficacia de los derechos de compensación y créditos existentes en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia deberá ser establecido por las normas de derecho internacional privado del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia (recomendación 30 de la *Guía*).

37. En caso de permitirse la compensación, la *lex fori concursus* define con respecto a qué obligaciones y en qué condiciones se permite, en particular: a) si se permite la compensación solo con respecto a las obligaciones monetarias anteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia que hayan vencido antes o también las que hayan de vencer después de la apertura del procedimiento; b) si las obligaciones que pueden compensarse deben haber nacido de un único contrato o pueden haber nacido de varios contratos (es decir, no tienen que ser necesariamente recíprocas o conexas), y c) si la paralización se aplica al ejercicio de los derechos de compensación y, en caso afirmativo, el tratamiento que se da a los acreedores con créditos objeto de compensación (p. ej., se los equipara a acreedores garantizados), o si la paralización no se aplica y, en ese caso, si la compensación se efectúa automáticamente en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia. La *lex fori concursus* también prevé el tratamiento de la compensación de los créditos nacidos después de la apertura del procedimiento de insolvencia, así como la anulación de las compensaciones anteriores a la apertura del procedimiento y las operaciones conexas (p. ej., la adquisición de créditos a precios de descuento con la intención de acumular derechos de compensación). Una excepción a la *lex fori concursus* respecto de la compensación se refiere a la compensación en los sistemas de pago y liquidación y en los mercados financieros regulados (recomendación 32 de la *Guía*).

38. Es posible que en algunas jurisdicciones se propicie la compensación y que la ley que más la favorece sea aplicable a la compensación en los procedimientos de insolvencia[41]. Se expresaron inquietudes en el Grupo de Trabajo con respecto a este criterio, ya que la determinación del régimen extranjero aplicable a la compensación, que puede abarcar no solo un régimen de compensación en caso de insolvencia sino también un régimen de compensación previsto en leyes distintas del régimen de la insolvencia, puede tener importantes repercusiones en la tramitación y administración de procedimientos de insolvencia en el Estado en que se haya abierto el procedimiento. En particular, sería necesario determinar la admisibilidad de la compensación en general y en el caso concreto y coordinar el ejercicio del derecho de compensación con otros aspectos del procedimiento de insolvencia previsto en el derecho interno, como la paralización, la exención de los efectos de la paralización y el momento de la compensación. Además, la compensación de créditos en un único procedimiento de insolvencia puede regirse en última instancia por distintos ordenamientos jurídicos, algunos de los cuales pueden permitir la compensación y otros no, lo que repercute en el trato equitativo de los acreedores que se hallan en situaciones similares. Esto puede llevar a que, como resultado de la compensación, algunos acreedores no garantizados cobren la totalidad de sus créditos antes que otros acreedores. Por otra parte, aunque la anulación de la compensación se seguiría rigiendo por la *lex fori concursus*, es posible que esta última no permita anular la compensación si esta ha tenido lugar con arreglo a una ley extranjera y que, como consecuencia de ello, queden sin resolver las posibles quejas de otros acreedores y partes interesadas, en particular los trabajadores, con respecto a esa compensación. Estas inquietudes pueden atenuarse en cierta medida con

[41] Véase, p. ej., el art. 9 del texto refundido del REI.

la excepción de orden público y otras salvaguardias, por ejemplo, las que podrían estar destinadas a proporcionar una protección suficiente a los acreedores y otras partes interesadas frente a una elección inadecuada de la ley aplicable y las consecuencias irrazonables de la aplicación del derecho extranjero a la compensación[42]. La excepción de orden público también puede invocarse cuando difiere el tratamiento jurídico previsto en los regímenes de compensación nacionales y extranjeros, de modo que el tribunal nacional no aplicaría ninguna norma extranjera que, en su opinión, fuera procesal.

d) Tratamiento de los acreedores garantizados

39. En el 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo, este aspecto se examinó en el contexto más amplio de los derechos reales anteriores a la apertura del procedimiento. El Grupo de Trabajo escuchó diferentes puntos de vista sobre los criterios aplicables al tratamiento de esos derechos en los procedimientos de insolvencia, uno de los cuales era que debían someterse a la *lex fori concursus*, mientras que otro era que había que protegerlos frente a los efectos de cualquier procedimiento de insolvencia, salvo las acciones de anulación y a reserva de una posible salvaguardia por la que se evitara el uso abusivo de las jurisdicciones que ofrecían un refugio para ocultar bienes[43]. En vista de las ventajas e inconvenientes de esos criterios, se expresó apoyo a que se encontrara un término medio, que podría consistir, por ejemplo, en someter los derechos reales nacidos antes de la apertura del procedimiento a los efectos de la *lex rei sitae*[44].

40. En su 60º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en diferir el examen de la cuestión hasta una etapa posterior. Tomó nota de las opiniones de las delegaciones que estaban en contra de apartarse de los criterios que se habían seguido respecto de la cuestión en los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia y las garantías mobiliarias y las opiniones de las delegaciones que consideraban que someter los derechos reales a los efectos de la *lex rei sitae* podría servir como punto de partida para llegar a una solución de avenencia[45].

41. Como se señaló en el documento A/CN.9/WG.V/WP.176, durante la preparación de la *Guía* no se apoyó en grado suficiente la propuesta de incluir una excepción a la *lex fori concursus* para los derechos reales[46]. No obstante, en el párrafo 88 del comentario de las recomendaciones 30 a 34 de la *Guía* se reconoce que hay regímenes de la insolvencia que prevén esa excepción, en particular con respecto a las garantías reales, ya que la aplicación de la *lex fori concursus* a esas garantías podría afectar al marco jurídico de la concesión de préstamos garantizados al introducir un factor de inestabilidad que podría aumentar el costo de la financiación en el plano interno. Si el procedimiento extranjero afecta a las garantías reales locales, el valor de esas garantías puede resultar gravemente mermado. Asimismo, el traslado del CPI a un Estado diferente puede provocar un cambio radical en la situación de la parte garantizada.

42. Si el apartado j) se mantiene en la lista de la *lex fori concursus*, cabe prever que en el comentario respectivo se explique el motivo por el que se eligió ese criterio. En tal caso, la *lex fori concursus* regiría, con arreglo a las disposiciones legislativas, el tratamiento de los acreedores garantizados en un procedimiento de insolvencia, en particular cuestiones tales como si los bienes gravados forman parte de la masa de la insolvencia y si los acreedores garantizados tienen que comunicar sus créditos (véase la recomendación 172 de la *Guía*). De acuerdo con la *lex fori concursus* de algunos Estados, los derechos de los acreedores garantizados tal vez no se vean afectados por la apertura de un procedimiento de insolvencia y los acreedores garantizados podrían hacer valer esos derechos sin que ello se viera dificultado en modo alguno por ese procedimiento[47]. Según la *lex fori concursus* de otros Estados, los derechos de los

[42] Véase, p. ej., la Regla General 18.
[43] Véase, p. ej., la Regla General 16.
[44] A/CN.9/1088, párr. 65 c).
[45] A/CN.9/1094, párr. 79.
[46] Véanse los párrs. 9, 10, 22 y 23 de dicho documento.
[47] Véase, p. ej., el art. 8 del texto refundido del REI.

acreedores garantizados se verían afectados (el criterio que se recomienda en la *Guía* es que los derechos que pueda tener el deudor sobre bienes gravados se incluyan en la masa de la insolvencia (véase la recomendación 35 a))). Según el criterio que se adopte al respecto, pueden surgir o no otras cuestiones relacionadas con el tratamiento de los acreedores garantizados en los procedimientos de insolvencia (p. ej., la aplicación de la paralización a las acciones de ejecución promovidas por esos acreedores; las solicitudes de exención de los efectos de la paralización; la protección de esos acreedores garantizados frente a la disminución del valor del bien gravado; el tratamiento de los acreedores garantizados y los bienes gravados en el contexto de la financiación posterior a la apertura del procedimiento, y la prelación de los créditos garantizados). Independientemente del criterio que se adopte, las garantías reales podrán quedar sujetas a las disposiciones de la *lex fori concursus* en materia de nulidad por los mismos motivos que otras operaciones (véase la recomendación 88 de la *Guía*).

43. Otra posibilidad sería establecer lo siguiente en las disposiciones legislativas:

> "1. Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre [los derechos reales que graven los bienes del deudor] [el tratamiento de los acreedores garantizados] se regirán por la *lex rei sitae*[48] [en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia].
>
> 2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 de esta [disposición legislativa], las acciones de anulación que puedan iniciarse respecto de [los derechos reales] [las garantías reales] se regirán por la *lex fori concursus*".

4. Contratos relativos a bienes inmuebles

44. En sus períodos de sesiones 59º y 60º, el Grupo de Trabajo postergó el examen de la cuestión de si sería necesario elaborar un régimen especial para los contratos relativos a bienes inmuebles[49]. En ese contexto, se hizo referencia al artículo 11, párrafo 1, del texto refundido del REI, que prevé que los efectos del procedimiento de insolvencia en un contrato que otorgue un derecho de adquisición o de uso de un bien inmueble se regularán exclusivamente por la ley del Estado en cuyo territorio esté situado el inmueble. Dicha disposición abarca los contratos de uso (alquiler, arrendamiento) del bien inmueble y los contratos por los que se produce un cambio en la titularidad del bien mediante la transmisión del derecho de propiedad (p. ej., mediante la venta del bien inmueble). La necesidad de aplicar la *lex rei sitae* a este tipo de contratos se explica por la relación especialmente estrecha que existe entre los derechos sobre los bienes inmuebles y el régimen jurídico del lugar en el que están situados esos bienes. Ese régimen jurídico refleja las políticas que deciden aplicar los Estados en los que se encuentran los bienes inmuebles para proteger los derechos de los propietarios y usuarios de esos bienes (p. ej., los arrendatarios), así como los propios intereses de esos Estados (p. ej., respecto de su propio territorio y de los bienes inmuebles situados allí)[50].

45. En la *Guía* no se prevé un tratamiento especial para los contratos relativos a bienes inmuebles, ni en la parte del derecho aplicable, ni en la parte del régimen sustantivo de la insolvencia relativo al tratamiento de los contratos. Los comentarios que figuran en ambas partes se refieren concretamente a los contratos relativos a bienes inmuebles[51]. En el 60º período de sesiones del Grupo de Trabajo, algunas delegaciones habían

---

[48] La definición de la "*lex rei sitae*" tendría que abarcar también las situaciones en las que los derechos reales tuvieran que inscribirse en un registro. En tal caso, prevalecería la ley del Estado donde se llevara el registro.

[49] A/CN.9/1088, párr. 83 y su nota de pie de página, que remite al art. 11 del texto refundido del REI; y A/CN.9/1094, párr. 77.

[50] M. Virgos y E. Schmit, Informe sobre el Convenio relativo a los Procedimientos de Insolvencia, Bruselas, 3 de mayo de 1996 (el "Informe de Virgos y Schmit"), párrs. 116 a 119. Puede consultarse en inglés en https://globalinsolvency.com/resource-article/virgos-schmit-report-convention-insolvency-proceedings-now-regulation-insolvency (consultado el 2 de septiembre de 2022).

[51] Véanse, p. ej., los párrs. 108, 134, 137 y 138 del comentario de las recomendaciones 69 a 86.

expresado preliminarmente su opinión contraria a que se elaboraran normas especiales para los contratos relativos a bienes inmuebles[52].

46. En ausencia de normas especiales, se aplicarían las disposiciones legislativas propuestas que regulan el tratamiento de los contratos y otros aspectos de la lista de la *lex fori concursus*. En lo que se refiere al reconocimiento y la ejecución transfronterizos de los efectos de la *lex fori concursus* sobre los contratos relativos a bienes inmuebles, pueden surgir problemas similares a los que se plantean con respecto a la protección y conservación de la masa de la insolvencia y la utilización o enajenación de los bienes que la integran.

5. 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 acciones judiciales relacionadas con esa responsabilidad que puedan ser entabladas por la masa de la insolvencia o por el representante de esta

47. En el 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo se expresó apoyo a que se agregara a la lista de la *lex fori concursus* la referencia a las obligaciones y responsabilidades de los directores en consonancia con la cuarta parte de la *Guía*[53]. En el 60º período de sesiones del Grupo de Trabajo no se alcanzó un acuerdo sobre la posibilidad de agregar dicha referencia. Se señaló que se planteaban cuestiones complejas en relación con las normas sobre la ley aplicable en el contexto transfronterizo y también en el ámbito nacional, en el que se enmarcaban las obligaciones y responsabilidades de los directores analizadas en la cuarta parte de la *Guía*. Se consideró necesario que se aclarara qué aspectos de las obligaciones y responsabilidades de los directores se regirían por la ley que regulaba las relaciones en el marco del derecho de sociedades (*lex societatis*) y qué aspectos se regirían por la *lex fori concursus*. Observando que esta última no sería necesariamente la *lex fori concursus* del Estado en que el deudor tuviera su CPI, se sostuvo que la *lex societatis* debería seguir siendo la ley supletoria, sin perjuicio de que algunos aspectos puntuales de las obligaciones y responsabilidades de los directores pudieran regirse por la *lex fori concursus*[54].

48. A la luz de esas opiniones, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar más a fondo la necesidad de incluir en la lista de la *lex fori concursus* una referencia explícita a las obligaciones y responsabilidades de los directores y, en su caso, indicar el alcance de dicha referencia. En su formulación actual, el apartado recoge las obligaciones y responsabilidades de los directores durante el procedimiento de insolvencia y en el período cercano a la insolvencia. Es posible que las obligaciones y responsabilidades de los directores durante el procedimiento de insolvencia ya estén comprendidas en el apartado k) de la lista de la *lex fori concursus*, que se refiere a los derechos y obligaciones del deudor, incluido el deudor en posesión. Las obligaciones y responsabilidades de los directores en el período cercano a la insolvencia se tratan en la cuarta parte de la *Guía*, en que se centra la atención en las obligaciones de los directores que podrían incluirse en la ley relativa a la insolvencia (la referencia a la "ley relativa a la insolvencia" pretende abarcar el régimen de la insolvencia y otras leyes distintas del régimen de la insolvencia, como el derecho de sociedades) y que podrían ser exigibles una vez iniciado un procedimiento de insolvencia[55].

49. En la *Guía* se reconoce que los regímenes de responsabilidad aplicables a los directores por el incumplimiento de sus obligaciones en el período cercano a la insolvencia varían considerablemente de una jurisdicción a otra. Los distintos aspectos de que tratan esos regímenes pueden estar previstos en diferentes regímenes jurídicos, como el derecho de sociedades, el derecho civil, el derecho penal y el régimen de la insolvencia. En una misma jurisdicción, dichos aspectos pueden figurar en más de un régimen o estar esparcidos entre varios de ellos. En los sistemas de *common law,* pueden encontrarse en la jurisprudencia y en la legislación. Esos distintos aspectos y regímenes

[52] A/CN.9/1094, párr. 77.
[53] A/CN.9/1088, párr. 65 e).
[54] A/CN.9/1094, párr. 83.
[55] Cuarta parte, primera sección, cap. I, párr. 15.

se complementan entre sí en el ámbito nacional a fin de garantizar que el régimen de responsabilidad consiguiente de los directores sea coherente y amplio.

50. Al examinar más a fondo la cuestión, el Grupo de Trabajo tal vez desee evaluar las consecuencias que tendría aplicar la *lex societatis* con carácter exclusivo o en combinación con la *lex fori concursus* en el contexto transfronterizo, en particular cómo se delimitarían los ámbitos específicos de aplicación de cada régimen de responsabilidad de los directores y cuál sería el régimen de responsabilidad consiguiente. En ese contexto, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta que no existe una interpretación uniforme del concepto la *lex societatis*[56] y que pueden plantearse diferentes consideraciones en función de que el procedimiento de insolvencia se haya abierto en el lugar de ubicación de alguno de los siguientes elementos: a) el CPI del deudor, que coincida con su lugar de inscripción o constitución o con su "sede real"; b) un CPI que no sea el lugar de inscripción o constitución del deudor ni su "sede real"; c) el establecimiento del deudor, o d) los bienes del deudor. Además, la referencia que se hace en la cuarta parte de la *Guía* a los "directores" pretende ser amplia, de suerte que abarque a cualquier persona que ejerza el control de hecho sobre el deudor (p. ej., directores de facto, directores virtuales, accionistas, prestamistas, etc.) (recomendación 258 y su respectivo comentario). Las consideraciones de orden público, las vías de acción disponibles y los mecanismos de exigencia de cumplimiento, en particular la inhabilitación, pueden ser diferentes en función de las personas que ejerzan el control de hecho del negocio del deudor en el período cercano a la insolvencia. Algunas de esas personas (p. ej., los prestamistas institucionales) pueden estar eximidas de la aplicación de la *lex fori concursus* extranjera.

6. Otros aspectos conexos (que se deriven del régimen de la insolvencia y estén relacionados con procedimientos de insolvencia)

51. En el 60º período de sesiones del Grupo de Trabajo se propuso, en cuanto al párrafo 18 del documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.179, que se ampliara la lista que figuraba en la recomendación 31 de la *Guía* haciendo referencia en ella a otros aspectos conexos (que se derivaran del régimen de la insolvencia y estuvieran relacionados con procedimientos de insolvencia). El Grupo de Trabajo no examinó esa propuesta[57].

52. En cuanto al apartado que se propone añadir, se plantean dificultades en lo que respecta a diferenciar las acciones relacionadas con la insolvencia de las acciones que no guardan relación con ella[58], determinar el ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas (en particular, la referencia al "procedimiento de insolvencia") y definir la

[56] En algunas jurisdicciones se adopta el criterio de la "constitución". mientras que en otras se aplica el criterio de la "sede real", en la inteligencia de que este último tampoco es uniforme.

[57] A/CN.9/1094, párr. 71.

[58] Se consideró que las siguientes acciones estaban relacionadas con la insolvencia: las acciones entabladas al amparo del régimen de la insolvencia para atribuir responsabilidad a los directores por haber cometido actos que causaron la situación de insolvencia en el período cercano a la insolvencia; las acciones de anulación; la impugnación de los actos realizados por el representante de la insolvencia o el comité de acreedores en el ejercicio de sus facultades o su discrecionalidad, y otras acciones que emanen directamente del procedimiento de insolvencia, que guarden estrecha relación con él o que sean propias del régimen de la insolvencia (p. ej., medidas relacionadas con la insolvencia que den lugar a un tratamiento especial de los créditos de las personas allegadas). Se consideró que otros tipos de acciones no estaban relacionadas con la insolvencia, por ejemplo, las acciones que interponga el representante de la insolvencia para solicitar que se determine que el deudor es el propietario de los bienes o las que entable con arreglo al derecho general de los contratos o al derecho mercantil para reclamar el pago de sumas supuestamente adeudadas al deudor. Se sostuvo que estas acciones podrían haber sido incoadas por el acreedor o por el propio deudor antes de la apertura del procedimiento de insolvencia y se habrían regido por las normas ordinarias en materia de competencia que eran aplicables a los asuntos civiles o mercantiles. El hecho de que el representante de la insolvencia interpusiera la acción no modificaba la naturaleza del crédito ni la ley que le fuera aplicable. Véanse, p. ej., los siguientes asuntos del Tribunal de Justicia europeo: *Wiemer & Trachte GmbH, en liquidación c. Zhan Oved Tadzher*; *Nickel & Goeldner Spedition GmbH c. "Kintra" UAB*; *Tünkers France y Tünkers Maschinenbau GmbH c. Expert France*; *CeDe Group AB*, y *Kornhaas*.

lex fori concursus (en particular, la referencia al "régimen" o "régimen de la insolvencia"). Al respecto, el Grupo de Trabajo quizás desee recordar que, en su 59º período de sesiones, se expresó la opinión de que, en vista de la amplia interpretación que se quería dar a los conceptos de *lex fori concursus* y "procedimiento de insolvencia", no debería ser necesario modificar la lista de la *lex fori concursus*[59]. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el apartado propuesto.

C. Excepción a la *lex fori concursus*: sistemas de pago y liquidación y mercados financieros regulados

53. En su 59º período de sesiones, el Grupo de Trabajo consideró que, en vista de la evolución de los mercados financieros y la digitalización de los sistemas financieros, sería necesario actualizar el contenido de la excepción a la *lex fori concursus* respecto de los sistemas de pago y liquidación y los mercados financieros regulados prevista en la recomendación 32 de la *Guía*[60]. En su 60º período de sesiones, el Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo con que deberían fijarse adecuadamente los límites que tendría la excepción, señalando que los sistemas y mercados que se pretendía abarcar con la excepción eran sistemas y mercados multilaterales estrechamente integrados en los que, si alguno de los participantes resultara insolvente, podría producirse un incumplimiento en cadena de una serie de operaciones de respaldo mutuo que podría poner en dificultades financieras a otros participantes en el sistema o en el mercado y, en el peor de los casos, conducir al colapso financiero de otras partes, e incluso de instituciones financieras reguladas[61]. A menudo se hace referencia a este efecto dominó con el nombre de "riesgo sistémico"[62].

54. En las consultas que la secretaría mantuvo con expertos[63] se indicó que debería mantenerse la excepción y que las referencias a los sistemas y mercados no deberían limitarse a los mercados regulados ni a los sistemas centrales o a los que son importantes siempre, ya que todos los tipos de mercados y sistemas están interconectados. La interrupción de una de las partes de la cadena puede tener consecuencias imprevisibles, entre ellas una interrupción total de la cadena de tal magnitud que hiciera necesario que las autoridades reguladoras intervinieran en sistemas y mercados por lo demás no regulados a fin de proteger el interés público.

55. También se transmitió a la secretaría que tal vez fuera necesario mantener aparte las referencias, por un lado, a los "sistemas de pago y liquidación" y, por el otro, a los "mercados financieros". Si bien forman parte de los mercados financieros y representan un componente importante de su infraestructura, los "sistemas de pago y liquidación" también pueden funcionar de forma autónoma, al margen de cualquier mercado financiero.

56. Se explicó que los sistemas y mercados en cuestión no podían tolerar los riesgos de búsqueda de foros de conveniencia y de imprevisibilidad de la ley aplicable que podían surgir si se les sometía a un régimen que no fuera el régimen aplicable al mercado

[59] A/CN.9/1088, párrs. 63, 64 y 68.

[60] A/CN.9/1088, párr. 71. En ese momento se recordó al Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.V/WP.176, párr. 27) que, en su 44º período de sesiones, celebrado en 2013, había considerado necesario actualizar las recomendaciones conexas 101 a 107 de la *Guía* y el comentario correspondiente, que se referían a los contratos financieros y la compensación global por saldos netos (A/CN.9/798, párrs. 26 y 30). Entre otras cosas, en dichas recomendaciones: a) se prevé que los contratos financieros queden exentos de la paralización, también en cuanto a la ejecución de las cláusulas de extinción de contratos y las garantías reales; b) se sugiere que no estén sujetas a anulación las transferencias usuales previas a la apertura de un procedimiento de insolvencia, y c) se recomienda reconocer y amparar el carácter definitivo y firme de las operaciones efectuadas a través de sistemas de pago y liquidación en caso de insolvencia de un participante en el sistema.

[61] A/CN.9/1094, párr. 87.

[62] A/CN.9/WG.V/WP.179, párr. 50, que remite al comentario de las recomendaciones 101 a 107 de la *Guía* (véase, en particular, el párr. 213 de ese comentario).

[63] Banco Central Europeo, Instituto para la Estabilidad Financiera e International Swaps and Derivatives Association.

o sistema. Esos riesgos estarán presentes si los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los sistemas y mercados se rigen por la *lex fori concursus*: es posible que se abran procedimientos de insolvencia en varias jurisdicciones con respecto a un único participante en el sistema o mercado, aunque por lo general son numerosos los participantes en cada uno de los sistemas o mercados. Solo la aplicación de una única ley a todas las operaciones de los sistemas de pago y liquidación y de los mercados financieros puede garantizar la seguridad jurídica necesaria para que dichos sistemas y mercados funcionen sin dificultades y de manera correcta.

57. No se ha proporcionado a la secretaría ningún ejemplo de casos en los que un régimen distinto del régimen aplicable al sistema de pago o liquidación o al mercado financiero haya regido los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos y obligaciones de los participantes en ese sistema o mercado. Por el contrario, se ha confirmado que los sectores a los que se aplica esta excepción funcionan con arreglo a normas, directrices y acuerdos uniformes que refuerzan la aplicación del régimen del sistema o del mercado a todos los aspectos relacionados con dicho sistema o mercado, en particular los efectos del procedimiento de insolvencia. El apartamiento de esas normas puede tener consecuencias negativas no solo para los sistemas o mercados que no las cumplan, sino también para el clima general de inversión en las jurisdicciones donde funcionan esos sistemas o mercados.

58. El Grupo de Trabajo tal vez desee analizar si la excepción prevista en la recomendación 32 debería mantenerse, sin la palabra “regulado” y junto con el comentario en el que se explican las situaciones en las que se pretende aplicar la disposición. Si se conservara la excepción, y a fin de aumentar la seguridad jurídica, se podría añadir una disposición que confirmara que la ley aplicable al sistema o mercado también se aplicaría a cualquier acción de anulación que pudiera entablarse con respecto a los pagos u operaciones realizados en ese sistema o mercado. De lo contrario, dichos pagos u operaciones podrían ser objeto de anulación con arreglo al régimen de la insolvencia de los distintos participantes respecto de los cuales se pudiera abrir un procedimiento de insolvencia, ya que la *lex fori concursus* se aplicaría por defecto a la anulación. La disposición podría redactarse de la siguiente manera:

> “Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos y obligaciones de los participantes en un sistema de pago o liquidación o en un mercado financiero se regirán exclusivamente por la ley aplicable a ese sistema o mercado. Dicha ley regirá también las acciones de anulación que puedan entablarse con respecto a los pagos u operaciones que se hayan realizado en ese sistema o mercado”.

IV. Cuestiones aún no examinadas por el Grupo de Trabajo

A. Primacía de las obligaciones internacionales y normas imperativas inderogables

59. En el 60º período de sesiones del Grupo de Trabajo se consideró esencial incluir otras salvaguardias que velaran por el respeto de la soberanía de los Estados y la protección de otros intereses[64]. Una salvaguardia que habitualmente se prevé en los textos de la CNUDMI en ese contexto es la de la primacía de las obligaciones internacionales o, de manera más general, de las normas imperativas inderogables. Esas obligaciones o normas imperativas pueden enunciarse en tratados o acuerdos internacionales, tanto multilaterales como bilaterales, celebrados con entidades tanto estatales como no estatales, que regulan cuestiones de derecho internacional privado y que pueden remitir a una ley aplicable que no sea la prevista en las disposiciones legislativas. Figuran, por ejemplo, en las normas jurídicas vinculantes emitidas por una organización regional de integración económica que son aplicables a los miembros de dicha organización.

[64] A/CN.9/1094, párr. 94.

60. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar a su debido tiempo si debería incluirse dicha salvaguardia en las disposiciones legislativas. Se podría señalar en un comentario que una interpretación amplia innecesaria de los tratados o acuerdos internacionales o de las normas puede dar lugar a que se limiten excesivamente los efectos de las disposiciones legislativas, lo que constituiría un obstáculo para lograr la uniformidad, la certeza y la previsibilidad. Por ello, debería existir un vínculo suficiente entre la obligación o norma de que se trate y el asunto planteado en el procedimiento de insolvencia para que la obligación o la norma excluyan la aplicación del precepto incompatible previsto en las disposiciones legislativas.

B. Interpretación

61. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar a su debido tiempo la conveniencia de incluir una disposición según la cual, al interpretar las disposiciones legislativas, deberán tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe. El efecto esperado de esta disposición sería reducir la posibilidad de que las disposiciones legislativas, una vez incorporadas a la legislación de los países, se interpretaran exclusivamente a la luz de los conceptos del derecho nacional.

62. Puede considerarse necesario e importante incluir en las disposiciones legislativas esta salvaguardia, que suele figurar en los convenios, convenciones y leyes modelo que emanan de la labor de la CNUDMI, porque dichas disposiciones prevén la aplicación de una ley extranjera y, en consecuencia, ponen de cargo del tribunal del Estado en que se haya abierto el procedimiento de insolvencia la tarea de determinar y verificar esa ley. Esto llevaría inevitablemente a la intervención de culturas, ordenamientos y conceptos jurídicos extranjeros que quizás no sean conocidos en el Estado en que se haya abierto el procedimiento de insolvencia. En tales situaciones, podría darse una elevada tendencia a remitirse a los conceptos y normas nacionales. La disposición legislativa puede servir para recordar que tales tendencias deben evitarse para lograr una interpretación y aplicación uniformes de las disposiciones legislativas. También serviría para recordar que, cuando no se resuelve expresamente en las disposiciones legislativas una cuestión relativa a una materia que se rige por ellas, es de esperar que se dirima de conformidad con los principios generales en que se basan dichas disposiciones legislativas. En caso necesario, podrían aplicarse normas jurídicas análogas para que se produjeran los efectos que se prevé que tengan las disposiciones legislativas.

C. Otras cuestiones

63. En su 60º período de sesiones, el Grupo de Trabajo mantuvo un intercambio preliminar de opiniones sobre las disposiciones de las leyes modelo de la CNUDMI en materia de insolvencia que planteaban dificultades en relación con la ley aplicable[65]. Se expresaron distintas opiniones con respecto a si ya era el momento de examinarlas[66]. El Grupo de Trabajo aplazó el examen de algunas cuestiones para estudiarlas en el contexto de los procedimientos paralelos (véase el párr. 1 g) y h) *supra*).

64. Algunas de las disposiciones que se señalaron se tratan en los comentarios propuestos. Hay otras respecto de las cuales el Grupo de Trabajo tendría que ofrecer más aclaraciones o adoptar decisiones. Por ejemplo, si bien en los textos de la CNUDMI relativos a la insolvencia no se establece una jerarquía rígida entre los procedimientos, esos textos otorgan cierta preeminencia al procedimiento extranjero principal[67] y, en el contexto de la insolvencia de grupos de empresas, al procedimiento de planificación[68]. Uno de los argumentos en contra de establecer una jerarquía rígida entre los

[65] A/CN.9/1094, párr. 97.
[66] A/CN.9/1094, párr. 97.
[67] Véanse, p. ej., los párrs. 1, 21, 31, 44, 132, 133, 144, 175, 193 y 202 de la GEI.
[68] Véanse, p. ej., los arts. 20, 23 y 24 de la LMIGE y el comentario correspondiente.

procedimientos paralelos era no menoscabar innecesariamente la libertad de los tribunales y los representantes de la insolvencia para cooperar mediante el ejercicio de su discrecionalidad con arreglo a las disposiciones pertinentes sobre cooperación y coordinación [69]. Es evidente la jerarquía implícita que se establece entre los procedimientos en las disposiciones de la LMIT sobre las medidas otorgables[70], los efectos del reconocimiento [71] y el alcance limitado del procedimiento local tras el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal[72], en el artículo 14 e) y h) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia[73] y en toda la LMIGE. Al mismo tiempo, el artículo 29 de la LMIT da cierta precedencia al procedimiento local sobre el procedimiento extranjero, principal o no principal, al exigir que la medida otorgada en favor del procedimiento extranjero sea compatible con el procedimiento seguido en el Estado promulgante.

---

[69] A/52/17, párr. 108.
[70] Véanse, p. ej., los arts. 19, párr. 4, 21, párr. 3, 23, párr. 2, 29 c) y 30 de la LMIT.
[71] Art. 20 de la LMIT.
[72] Art. 28 de la LMIT.
[73] Véase la *Guía para la incorporación*, párrs. 107 y 118.